

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

***“La aplicación del derecho internacional del medio ambiente
sobre las empresas transnacionales y sus efectos en la
protección de los derechos humanos”***

**Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos**

Alumna: Adriana Espinosa González

Directora: Ana Manero Salvador

**Getafe-Madrid
Septiembre de 2012**

**La aplicación del derecho internacional del medio ambiente
sobre las empresas transnacionales y sus efectos en la
protección de los derechos humanos**

Autora: **Adriana Espinosa González**

Directora: **Ana M^a Manero Salvador**

**Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”.
Universidad Carlos III de Madrid
Mayo de 2012.**

**La aplicación del derecho internacional del medio ambiente
sobre las empresas transnacionales y sus efectos en la
protección de los derechos humanos**

ÍNDICE

Abreviaturas.....	1
Introducción.....	3
Parte I: La Personalidad Jurídica Internacional de las empresas transnacionales.....	7
Capítulo 1. Argumentos generales en torno a la Personalidad Jurídica Internacional de las empresas transnacionales.....	7
1.1 Posturas a favor del estatuto jurídico internacional de las ETN	14
1.2 Posturas en contra del estatuto jurídico internacional de las ETN.....	18
1.3 Posturas intermedias o que rechazan las categorías sujeto-objeto.....	20
Capítulo 2: La Personalidad Jurídica Internacional en base al carácter de los contratos de Estado	22
2.1 Definición del objeto de análisis: ¿de qué estamos hablando?.....	24
2.2 Argumentos a favor del carácter internacional de los contratos de Estado	25
2.2.1 Cláusula del derecho aplicable.....	25
2.2.2 Cláusula de arbitraje.....	34
a. Procesos no institucionalizados, tribunales ad hoc.	37
b. Procesos institucionalizados.....	37
b.1. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.....	38
b.2. La Corte Permanente de Arbitraje.....	38
b.3. La Corte de Arbitraje Internacional de La Cámara de Comercio Internacional.	38
b.4. El proceso de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias	

relativas a Inversiones (CIADI).....	39
2.2.3. Cláusula de estabilización.....	50
2.3. Argumentos en contra del carácter internacional de los contratos de Estado.....	53
2.3.1. Argumento histórico – ideológico: cuestionamiento del origen de la teoría en su contexto histórico e ideológico.	53
2.3.2. Los contratos de Estado están sometidos a un ordenamiento interno.....	55
2.3.3. No hay una norma consuetudinaria en proceso de formación.....	58
2.3.4. Principio de jurisdicción territorial	58
2.3.5. Principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y la actividad económica.....	61
a. Contenido e historia.	61
b. Efectos sobre el control de las inversiones extranjeras.....	64
c. Expropiación y nacionalización	65
2.3.6. Otras doctrinas (derechos de propiedad y pacta sunt servanda).....	68
Capítulo 3: La personalidad jurídica internacional de las ETN en base a su locus standi ante cortes internacionales de solución de disputa	70
3.1. Presentación del debate desde una defensa del objeto del mismo.....	71
3.1.1. Tres vías para las demandas internacionales de las corporaciones	73
3.2. Doctrina a favor	75
3.2.1. Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)	77
3.3. Doctrina en contra	78
Conclusión de la Parte I.....	81

Parte II: La aplicación del derecho internacional del medio ambiente a las empresas transnacionales	84
Introducción	84
Capítulo 1: Normas y principios generales del medio ambiente. Controlando el impacto de las empresas transnacionales.....	85
1.1. Hitos en el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente.....	85
1.1.1 Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano	85
1.1.2 Conferencia sobre Medio Ambiente y desarrollo (Río de Janeiro).....	88
1.1.3. Avances en el panorama actual	90
1.2. Principios generales del derecho internacional del medio ambiente.....	91
1.2.1. El principio de prevención.....	92
1.2.2 Principio de cooperación.....	96
1.2.3 Desarrollo sostenible	97
1.2.4 Principio de precaución.....	99
1.3. Principales normas consuetudinarias del derecho internacional del medio ambiente.....	104
1.3.1 Deber de no causar daños transfronterizos.....	104
1.3.1.1. El principio sic utere tuo y la prohibición de daño transfronterizo	105
1.3.1.2. El principio de prevención y la prohibición de daño transfronterizo	110
1.3.2. Deber de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).....	111
Capítulo 2: La protección del medio ambiente en situaciones de contaminación transfronteriza: la debida diligencia de los Estados.	114
2.1 Concepto y definición de la debida diligencia.....	114

2.2. Contenido de la debida diligencia: deberes concretos.....	117
2.2.1 Deber de evaluar el riesgo o el daño.	118
2.2.2. Deber de informar y notificar (y derecho de ser informado).	123
a. El caso de las Papeleras del Río Uruguay.....	126
2.2.3. Deber de consulta y negociación (o balance de intereses).....	133
2.3. La flexibilidad de la debida diligencia y los estándares internacionales	137
2.3.1. Irrelevancia del derecho interno y el principio pacta sunt servanda.....	140
2.3.2. Caso Alabama y el rechazo de la diligencia quam in suis.....	141
2.3.3. Proporcionalidad de las medidas.....	142
2.3.4. La existencia de estándares internacionales o “eco-estándares”.....	142
2.3.4.1. Introducción y perspectiva histórica.....	142
2.3.4.2. Situación de la teoría en la actualidad desde la Conferencia de Estocolmo	145
2.3.4.3. Estándares en la protección del medio ambiente marino	148
2.3.4.4. El Convenio sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).....	149
2.3.4.5. Otras fórmulas de eco-estándares cualitativos	151
2.3.4.6. Las Normas de desempeño de la CFI como estándares internacionales.	152
2.3.4.7. Puntos de síntesis.....	154
Capítulo 3: La protección del medio ambiente en situaciones de contaminación intra-fronteriza. La relación entre el medio ambiente y los derechos humanos.	156
3.1. Perspectiva e introducción.	156
3.2. La práctica emergente de los Estados.....	163

3.2.1. Tratados internacionales que contemplan el deber de prevenir la contaminación intra-fronteriza	163
3.2.1.1. Convención sobre la Diversidad Biológica.....	163
3.2.1.2. Áreas protegidas internacionales.....	166
3.2.1.3. Conservación del suelo: Convención de las Naciones Unidas en Lucha contra la desertificación y la sequía.	169
3.2.1.4. Instrumentos Internacionales de ámbito regional.....	171
3.2.1.5. Reflexiones finales	174
3.2.2. Un caso práctico: el proyecto minero de Vedanta Resources en India. Implicaciones para la comunidad Dongria Kondh y el medio ambiente.	175
3.2.2.1. Contexto: los efectos sobre el medio ambiente (y los derechos humanos) del proyecto de Vedanta	176
3.2.2.2. Deficiencias en las evaluaciones de impacto ambiental y en el proceso de consulta	178
3.2.2.3. La decisión del ministerio de Medio Ambiente.....	181
3.2.2.4. Alcance de la decisión	182
3.2.3. El auge de mecanismos de “soft law” para proteger el medio ambiente de los efectos de las inversiones extranjeras.	184
3.2.3.1. Introducción.....	184
3.2.3.2. Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.	186
3.2.3.5. El Pacto Mundial.....	190
3.2.3.4. Las Normas de Desempeño de la CFI	192
3.2.3.5. Conclusiones.....	197

3.3. Un instrumento para la prevención de la contaminación: la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental dentro de los Estados.	199
3.3.1. Introducción.....	199
3.3.2. Instrumentos internacionales no vinculantes.....	201
3.3.3. Instrumentos internacionales vinculantes.....	207
3.3.4. La práctica nacional de los Estados. La legislación nacional.....	210
3.3.5. La jurisprudencia.....	212
3.4. La protección del medio ambiente dentro de los Estados por sus efectos sobre los derechos humanos.....	218
3.4.1. Introducción: el nexo entre la prevención de la contaminación y los derechos humanos.....	218
3.4.1.1. El enfoque de los derechos humanos: derecho a la vida y a la salud	220
3.4.1.2. La percepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	223
3.4.1.3. Derechos de participación o “derechos ambientales”.....	230
3.4.2. Un caso práctico y jurisprudencia: la Sentencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso SERAC y otros c. Nigeria	232
3.4.2.1. Contexto: la industria petrolera en el entorno natural del Delta del Níger.....	232
3.4.2.2. Daños ambientales y a los derechos humanos de la población local	233
3.4.2.3. El dictamen de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	241
a. El derecho a un medio ambiente sano y la Carta Africana.....	242
b. La Decisión de la CADHP.....	244

c. El alcance de la decisión	248
Conclusiones Parte II	249
Conclusiones finales.....	253
Referencias.....	256

Abreviaturas

Siglas

APRI	Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones
BM	Banco Mundial
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo
CONVEMAR	Convención sobre el Derecho del Mar
DIMA	Derecho Internacional del Medio Ambiente
ETN	Empresa Transnacional
FMI	Fondo Monetario Internacional
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PVD	Países en Vías de Desarrollo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional

Siglas de referencias bibliográficas

Am. J. Int'l L	American Journal of International Law
Afr. Hum. Rts L.J.	African Human Rights Law Journal
Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y	Colorado Journal Environmental Law and Policy
Colum. J. Env'tl. L	Columbia Journal of Environmental Law
EJIL	The European Journal of Environmental Law
Eur. Hum. Rts. L. Rev.	European Human Rights Law Review.
Ga J. Int'l. Comp. L	Georgia Journal of International and Comparative Law
Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.	Georgetown International Environmental Law Review
The Geo. Wash. Int'l L. Rev	The George Washington International Law Review.
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
Int'l & Comp. L	International and Comparative Law Quarterly.
NYU. Env'tl. L.J.	New York University Environmental Law Journal,
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law.
YbILC	Yearbook of International Law Commission

Introducción

Uno de los primeros conocimientos que, aunque de manera intuitiva, adquiere cualquier persona que se sumerja en el estudio de los derechos humanos es que éstos pueden ser vulnerados en las situaciones y de las maneras más diversas. Desde que hace varios siglos surgieron los primeros discursos en torno a la dignidad humana y a su valor como objeto máximo de protección hasta la actualidad, la evolución del estudio sobre los derechos humanos ha consistido, en gran medida, en tratar de dar respuesta a multitud de situaciones en las que peligraban aquellos derechos percibidos como fundamentales (una noción que también evoluciona). Los cambios en la sociedad conllevan nuevos retos, desafíos antes inconcebibles que requieren respuestas, pues lo que está en juego es, a fin de cuentas, la dignidad de la persona, que siempre ha de ser protegida aunque las circunstancias lo hagan un objetivo casi inalcanzable. En el ámbito del derecho internacional, esta búsqueda exige reflexionar sobre las posibilidades de codificación e implementación que este marco provee, atendiendo asimismo a los cambios que se produzcan en su seno. En este sentido, uno de los fenómenos que más ha impactado en la sociedad contemporánea es el de la globalización y, con ella, el desarrollo de las empresas transnacionales como actores relevantes del derecho internacional. El auge de estas entidades, que fragmentan su proceso productivo para trasladarlo al entorno que más ventajas competitivas les ofrecen o que posean abundantes materias primas, ha dado lugar a una batería de nuevos retos para la protección de los derechos humanos.

La doctrina intenta aproximarse a esta problemática de distintas maneras. Así, han comenzado a aparecer distintas clasificaciones¹ sobre el modo en que las empresas transnacionales se ven involucradas en vulneraciones de derechos humanos. Una de ellas atiende al tipo de sector industrial en el que se desarrolle la actividad. Por un lado, hay industrias cuya vinculación al país de acogida está relacionada con las ventajas competitivas que éste pone al servicio de las inversiones extranjeras (mano de obra barata, beneficios fiscales etc.). En estos casos, los derechos económicos, sociales y culturales son los más vulnerables *a priori*, aunque también están en peligro los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión y derechos sindicales. Por otro lado, se encuentran las industrias dedicadas a la explotación de recursos naturales, en particular empresas extractivas, que dependen de la localización de la materia prima. Estas actividades extractivas pueden acarrear

¹Ver, por ejemplo, MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos*. Barcelona: Bosch Editor, 2008 pp. 69 y ss. Sobre las formas de “complicidad” en violaciones de derechos humanos que pueden determinar la responsabilidad de una empresa transnacional, DE SCHUTTER, Olivier (ed): *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford: Hart Publ., 2006. pp. 13 y ss.

vulneraciones de derechos humanos, a grandes rasgos, por dos motivos. Por un lado, las propias condiciones laborales a las que se somete a la población local pueden suponer, al igual que en el tipo de industria anterior, la vulneración de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, cuando tales condiciones, junto con otros factores como el impacto severo sobre el entorno natural, desencadenan un descontento social que se hace manifiesto, las empresas pueden responder de una manera represiva que implique una vulneración de derechos civiles y políticos, a veces con la connivencia de los Gobiernos (de corte autoritario en muchas ocasiones). Pero además, este tipo de industrias dedicadas al comercio de recursos naturales puede vulnerar los derechos humanos de otro modo, a través de la contaminación que origina el desarrollo de su actividad. Este tipo de violaciones de derechos humanos es el que centra el objeto y fin de este trabajo. Hoy día hay pocas dudas de que la obtención de petróleo, gas, minerales y otros recursos energéticos o utilizados para la tecnología y la industria producen un impacto ambiental de grandes dimensiones. La cuestión es que dicho impacto no sólo afecta a la naturaleza, sino que tiene consecuencias sobre la población que habita el entorno. La “limpieza” de grandes zonas de terreno para la construcción de instalaciones, la apertura de minas a cielo abierto o subterráneas y la construcción de carreteras son sólo algunos de los elementos que acompañan este tipo de actividad. Ello tiene grandes implicaciones para las comunidades que viven en tales zonas, en especial porque se da la circunstancia de que dichas poblaciones, en muchos casos comunidades indígenas pero también poblaciones nativas en general, tienen sus modos de vida y sustento estrechamente vinculados a la naturaleza y a los recursos y servicios que ésta proporciona. En estos casos, por lo tanto, deteriorar el medio ambiente, más allá de perjudicar la salud de la población (de por sí una posible vulneración de un derecho humano), significa también dañar, y en muchas ocasiones eliminar, sus fuentes de sustento, e incluso sus tradiciones y su identidad como comunidad.

Atendiendo a esta descripción se puede comprender la interpretación, cada vez más extendida, de que el medio ambiente y algunos (no pocos) derechos humanos se encuentran estrechamente vinculados. Ello significa que la degradación ambiental puede tener impactos negativos sobre tales derechos pero también al contrario, es decir, que una mayor protección del medio ambiente puede contribuir a mejorar la protección de los derechos humanos que están vinculados al entorno natural. Desde esta perspectiva, sería lógico sugerir que deben ser los Estados donde las empresas transnacionales desarrollan su actividad (Estados de acogida o receptores) los responsables de proteger el medio ambiente en su jurisdicción aplicando su ordenamiento jurídico interno. No

obstante, se ha comprobado que esta opción presenta dificultades², entre ellas que tales Estados, en la carrera de competición por atraer inversión extranjera (necesaria cuando se trata, como es frecuente, de países en desarrollo) tienden a rebajar los estándares jurídicos como los derechos humanos o la legislación ambiental, para ofrecer una mayor ventaja ante el posible inversor. Si no lo hacen con esta intención, también se ven limitados por las obligaciones derivadas de los contratos suscritos con las empresas, como también se verá *infra*. Partiendo de este panorama, la pregunta que surge es: ¿es posible que pueda ser el derecho internacional del medio ambiente la vía para controlar las actividades de las corporaciones cuando actúan fuera de su Estado de origen? Dadas las desventajas que en la actualidad presentan las otras opciones, parece cuanto menos interesante analizar esta posibilidad, contando además con que esta rama del derecho internacional está evolucionando y que es un tema que ocupa un lugar importante en la agenda política internacional.

La posible aplicación del derecho internacional del medio ambiente a las empresas transnacionales hace surgir de inmediato la cuestión sobre el estatus jurídico internacional de estas entidades, pues *a priori*, sólo los sujetos de derecho internacional son destinatarios directos de las normas internacionales. A este asunto se dedica la Parte I del trabajo, que sistematizará los argumentos que se aportan a favor y en contra de reconocer una personalidad jurídica internacional a las empresas transnacionales. Una vez visto el estado del debate, la Parte II se adentra ya en el derecho internacional del medio ambiente, analizando en primer lugar las normas y principios reconocidos en este sector para intentar determinar si hay herramientas que puedan contribuir a regular las actividades de las corporaciones. Con objeto de analizar la aplicación de este contenido normativo a las entidades privadas, se ha optado por la vía de la responsabilidad *in vigilando* de los Estados o deber de debida diligencia, ya que la aplicación directa (responsabilidad del agente contaminador) cuenta con menos acomodo en el ámbito del derecho internacional público. Una vez ubicada la argumentación en este punto, se analizarán dos ámbitos internacionales de prevención de la contaminación: por un lado, aquel que regula el impacto ambiental transfronterizo y por el otro, un ámbito de carácter emergente que supone un control creciente de la contaminación que afecta a los Estados dentro de sus fronteras. Aunque la primera cuestión tiene una importancia indudable, y por ello se le dedica una parte gruesa del trabajo, lo cierto es que muchas de las violaciones de derechos humanos donde hay implicadas empresas transnacionales están relacionadas con situaciones de contaminación intra-fronteriza. En este punto es donde más se dan la mano los elementos de esta ecuación: la protección del medio ambiente, la defensa de los derechos humanos y las amenazas

² De las cuales ya era consciente Friedmann en su obra de 1964. ver FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. Londres: Stenvens & Sons, 1964. p. 229.

presentadas por las actividades de las empresas transnacionales. De este modo, aunque aún no esté codificado un derecho humano al medio ambiente sano, hay bases para forjar un marco de protección que considere la interconexión entre sus dos elementos fundamentales: un medio ambiente protegido y el respeto a la dignidad de la persona.

Parte I: La Personalidad Jurídica Internacional de las empresas transnacionales

La polémica en torno a la personalidad jurídica internacional de las empresas transnacionales se originó entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, según cuenta Dumberry. Para entonces, la estructura compleja de estas entidades y el creciente poder que iban alcanzando fueron percibidas como una amenaza para el estatus de los Estados y comenzó a suscitar preocupación por la dificultad de controlar los efectos de sus acciones³. Tanto entre los defensores como los detractores de reconocer un estatuto de sujeto jurídico a las ETN se encuentran argumentos jurídicos e ideológicos. Algunos de ellos se centran en la teoría general del derecho internacional y atienden a los requisitos que debe cumplir un sujeto de derecho internacional. No obstante, la polémica tiene una dimensión más profunda, que se inserta en el ámbito del derecho internacional económico, en concreto el derecho internacional de inversiones.

Capítulo 1. Argumentos generales en torno a la Personalidad Jurídica Internacional de las empresas transnacionales

La cuestión sobre la subjetividad internacional de las empresas transnacionales puede analizarse atendiendo a diferentes elementos de análisis, el primero de los cuales es, necesariamente, la *definición del concepto*. ¿Qué es un sujeto de derecho internacional? En general, la doctrina toma como punto de partida la definición aportada por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. En su decisión califica a la ONU como sujeto de derecho internacional, que define como una entidad “capaz de poseer derechos y deberes internacionales, y que tiene la capacidad de mantener sus derechos y deberes mediante la interposición de demandas internacionales”⁴. A partir de este texto se han elaborado definiciones como la proporcionada por Carrillo Salcedo, que refiere a los sujetos de derecho internacional como “aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas

³ DUMBERRY, Patrick, “L'entreprise sujet de droit international?: Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements.” *Revue Générale de Droit International Public*. 2004, vol. 108, num. 1. p. 105. También FRIEDMANN, W. op. cit. p. 221.

⁴ La Corte debía pronunciarse sobre si las Naciones Unidas, como organización, tenía la capacidad de interponer una demanda internacional contra un Estado si un agente de dicha organización había sufrido daños en circunstancias que envolvían la responsabilidad de ese Estado. El texto citado se encuentra en *Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*. I.C.I. Reports 1949, p. 179 [traducción propia]

internacionales, participan en su proceso de elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o incurrir en responsabilidad internacional sin son ellas quienes las infringen”⁵. Esta descripción, que se centra en los requisitos del sujeto de derecho, ha sido criticada debido a su carácter tautológico⁶ o, en palabras del profesor Brownlie, “circular”, ya que los criterios que apunta dependen de la existencia misma de una persona jurídica⁷.

Bin Cheng, en su ‘Introducción a los sujetos de derecho internacional’, aporta una definición ligeramente distinta y habla de “entidades que son dotadas de personalidad jurídica internacional, que es la capacidad de tener derechos y deberes bajo el sistema internacional legal”⁸. Entran aquí en interacción tres nociones significativas para el análisis de este tema: subjetividad, personalidad jurídica y capacidad. En la mayoría de los textos sobre la materia, se habla de subjetividad o personalidad internacional sin que haya, a priori, una distinción relevante. De la definición de Cheng se extrae que la personalidad jurídica es una noción que está incluida en la de subjetividad. Es decir, “un sujeto de derecho lo es porque está dotado de personalidad jurídica”, como afirma el profesor Christian Dominicé⁹, afín a esta perspectiva. Siguiendo con esta secuencia, se puede afirmar que la personalidad jurídica de un sujeto implica una serie de capacidades de las que éste se halla dotado (la capacidad está, a su vez, incluida en la idea de personalidad). La mayoría de la doctrina coincide en que no todos los sujetos de derecho (ni en el orden jurídico interno ni en el internacional) poseen las mismas capacidades. La propia Corte Internacional de Justicia, en su famosa opinión consultiva de 11 de abril de 1949 (asunto ‘Reparación por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas’) dejó claro que

“Los sujetos de Derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos entre sí en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”¹⁰.

⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1995. p. 25.

⁶ Según Portmann, la definición común de la personalidad jurídica internacional no establece que entidades son personas internacionales ni los criterios para su atribución. PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. Nueva York: Cambridge Univertiy Press, 2010. p. 9.

⁷ BROWNLEE, Ian. *Principles of Public International Law*, 6ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2003. p. 57.

⁸ CHENG, Bin: “Introduction to Subjects of International Law”, en BEDJAOUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*, París: UNESCO, 1991. p. 23.

⁹ DOMINICÉ, Christian, “La personnalite juridique dans le systeme du droit des gens”, en MAKARCZYK, Jerzy (ed.) *Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya: Kluwer Law International. 1996. p. 148. En otras palabras, la “capacidad implica personalidad”, según Daniel O' Connell, citado por Clapham. Ver CLAPHAM, Andrew (ed). *Human Rights obligations and Non-State Actors. (Collected Courses of the Academy of European Law)* Nueva York: Oxford University Press, 2006. p. 71.

¹⁰ *Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations*, op. cit. p. 178. [traducción propia]

Este párrafo del dictamen (que, en su conjunto, es la piedra angular para los defensores de ampliar el catálogo de sujetos de derecho internacional, en tanto que analizó una cuestión polémica en su momento, como la personalidad jurídica de Naciones Unidas¹¹) contiene un segundo y un tercer elemento de análisis importantes. Por una parte, la idea de que no se puede adoptar una postura apriorística sobre la noción de personalidad jurídica internacional, sino que es necesario “*verificar de acuerdo a evidencias concretas* la posición individual de cada sujeto de derecho internacional y la extensión de sus derechos y deberes internacionales”¹². En un sentido similar el profesor Bronwlie reconoce la complejidad de este debate. Para el autor, los Estados y las Organizaciones Internacionales (cuando se dan las condiciones apropiadas) representan los “tipos normales de personas legales en el plano internacional”. No obstante, situaciones reales de las relaciones internacionales no se reducen a una sola fórmula y, por ello, dentro de un “panorama complejo”, la abstracción de tipos jurídicos “no satisface la verdad puesto que el reconocimiento y la aquiescencia pueden sostener una entidad que es anómala pero que posee una red de relaciones legales en el plano internacional”¹³.

La otra idea recogida en el dictamen de 1949, ya mencionada, es que la *heterogeneidad de los sujetos de Derecho*, de la que habló Friedmann¹⁴ y que defienden Daniel O’Connell¹⁵, Dupuy¹⁶ o Díez de Velasco. Éste último recoge la noción de ‘capacidad internacional’, que considera que hay que analizar en cada sujeto de derecho internacional. De este modo, los Estados tendrían capacidad plena y otras entidades, capacidad restringida, sin que ello merme la personalidad jurídica del último. Este autor afirma que “el contenido de la personalidad internacional, en términos de capacidad, no es el mismo en todos los sujetos, de modo que, por ejemplo, no sería del todo correcto negar la condición de sujeto de D.I. al individuo basándose sólo en su incapacidad para participar en los procesos de creación de normas jurídicas internacionales”¹⁷. En este marco conceptual pero alcanzando una conclusión diferente se encuentra Dominicé¹⁸. El autor distingue

¹¹ Portmann considera que esta Opinión Consultiva de la CIJ es una manifestación legal de una de las concepciones sobre la personalidad legal internacional, la del “reconocimiento”, que extiende dicho estatuto a entidades no estatales. Ver PORTMANN, R. op. cit. pp. 99-110.

¹² CHENG, Bin: “Introduction to Subjects of International Law”, op. cit. p. 38. cursiva del autor] En el mismo sentido, aunque referido a las Organizaciones Internacionales, ver CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. op. cit. p. 30.

¹³ BRONWLIE, Ian. cit. p. 58.

¹⁴ FRIEDMANN, W. op. cit. p. 218.

¹⁵ D. O’Connell, citado en CLAPHAM, Andrew (ed). *Human Rights obligations and Non-State Actors* op. cit. p. 71.

¹⁶ El árbitro del caso *Texaco Calasitac* (del que se hablará más adelante) sostiene que sujetos de derechos internacional no estatales pueden gozar de “capacidades limitadas” asignadas a propósitos específicos. 17 ILM 1, para. 47.

¹⁷ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17º ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 273.

¹⁸ DOMINICÉ, Christian, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, op. cit. pp. 146-171.

entre la posesión de la capacidad (capacidad en su principio) y el ejercicio de la misma (que define como competencia). Desde esta perspectiva, los sujetos de derecho internacional coinciden en el nivel de posesión de la capacidad, pero difieren en el alcance o ámbito de su ejercicio (en su competencia). La tesis de Dominicé adquiere en este punto un carácter estricto que le llevará a rechazar que las personas privadas puedan ser sujetos de derecho internacional. Parte de que la personalidad jurídica internacional implica tres capacidades inherentes: la capacidad de concluir tratados, de mantener relaciones diplomáticas y de participar en mecanismos internacionales de responsabilidad internacional y, en tanto que no cumplen las tres, ni multinacionales ni individuos son sujetos de derecho internacional¹⁹.

La postura de Dominicé sobre los individuos ante el derecho internacional es compartida por otros autores, como Bin Cheng y, aunque no es unánimemente aceptada, sirve como hilo conductor del argumento. En este punto y siguiendo el hilo de la argumentación del autor, se inserta un cuarto elemento de análisis, el de los *requisitos de la personalidad jurídica internacional*. En torno a esta cuestión se observan posturas enfrentadas sobre el estatuto de las empresas transnacionales en base a argumentos generales o estructurales del derecho público internacional. (Más adelante se analizará el debate en el ámbito del derecho internacional económico y, en concreto, el derecho de inversiones). De entrada, los análisis de Cheng y Dominicé son paralelos en algunos puntos. Ambos señalan como un requisito de la personalidad internacional que el sujeto desempeñe un papel directo en este ordenamiento jurídico, lo cual implica ser destinatario directo de las normas internacionales. Para Cheng, esto significa ser sujeto de derechos y deberes asignados por el derecho internacional y “no por otro ordenamiento jurídico”²⁰. En este sentido, ambos autores distinguen entre ser un sujeto de derecho interno y ser sujeto de derecho internacional. Siguiendo la analogía de las personas físicas, los autores afirman que un individuo puede ser sujeto de derecho de uno o incluso de todos los ordenamientos jurídicos nacionales, sin que ello implique poseer personalidad jurídica internacional en el Derecho Internacional²¹. En términos similares a los de Dominicé, Cheng entiende que éste es el sentido del artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y no considera que impliquen una subjetividad internacional de los individuos²². Esta afirmación no excluye, según el autor, que todas las entidades tengan “la potencial capacidad de ser investidas de personalidad

¹⁹ Idem, p. 163.

²⁰ CHENG, Bin: “Introduction to Subjects of International Law”, op. cit. p. 25.

²¹ Idem, p. 28.

²² Ambos artículos tienen, en la versión española, idéntica redacción: ‘Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica’. ídem, p. 28.

jurídica internacional”²³ Dominicé sintetiza su análisis al diferenciar los sujetos “propios” de un ordenamiento jurídico de los sujetos “reconocidos” por éste. En el ámbito jurídico internacional, los primeros son aquellos sujetos que le deben su personalidad jurídica al derecho internacional (y no a otro sistema), han adquirido dicha personalidad en virtud de las reglas vigentes de este ordenamiento y (como se ha mencionado) tienen unas capacidades inherentes. Los sujetos reconocidos, como las personas físicas, son aquellos que tienen estatus de sujeto en un orden interno y a los que se les reconoce esta situación en la esfera internacional. En palabras del autor, “como todo orden jurídico, el derecho internacional puede reconocer la cualidad de sujeto de derecho a una persona o entidad que recibe su personalidad jurídica de otro orden jurídico”²⁴. Se trata de un sujeto (de derecho interno) reconocido *en* el Derecho Internacional, pero que no es sujeto *de* este ordenamiento²⁵.

A pesar de los elementos comunes entre la argumentación de Dominicé y Cheng, éste último incorpora una perspectiva que abre la puerta a la consideración de una cierta personalidad jurídica internacional de las empresas transnacionales. Entre las características propias del Derecho internacional, el autor destaca la multiplicidad de sistemas jurídicos que coexisten y la horizontalidad en las relaciones que se establecen en su seno. Consecuencia de estos caracteres es que “un sistema jurídico internacional puede ser creado en todo momento, cada vez que dos entidades autónomas, libres de constricciones legales de una autoridad superior, deciden entablar relaciones legales sobre la base de equidad y reciprocidad”²⁶. En definitiva, que un sistema jurídico internacional puede ser creado *ad hoc*. Esta propiedad ayuda a explicar, en palabras de Cheng, el fenómeno de las relaciones contractuales entre un Estado y una entidad privada extranjera. Aunque el autor no menciona explícitamente los Contratos de Estado (un tema que se analizará en profundidad más adelante), la definición que aporta hace pensar que refiere a este tipo de acuerdos o, en general, a los contratos de inversión²⁷. Para Cheng, lo característico de este tipo de situaciones es que las dos partes se reconocen mutuamente como capaces de establecer un sistema legal independiente y *ad hoc* y que, de facto, han establecido entre ambas dicho sistema, calificado “acertadamente” por algunos autores como “derecho quasi internacional”²⁸. Aún considerando estas

²³ IBIDEM.

²⁴ ídem. p. 152.

²⁵ DOMINICÉ, Christian, “La personnalite juridique dans le systeme du droit des gens”, op. cit. pp. 151-153. [Cursivas añadidas.]

²⁶ CHENG, Bin: “Introduction to Subjects of International Law”, op. cit. p. 31.

²⁷ Idem, pp. 32-33. La definición de tales relaciones contractuales se incluirá, para más detalle, en el próximo capítulo.

²⁸ Idem, p. 33. Cheng se refiere a la denominación adoptada por Verdross, a quien cita en la nota al pie 10. La polémica en torno al carácter de los Contratos de Estado se tratará en profundidad en el próximo capítulo.

afirmaciones, Cheng no se sitúa en el extremo más favorable al reconocimiento sin matices del estatus jurídico de las multinacionales. En su reflexión sobre los acuerdos entre Estados y entidades privadas, precisa que al tratarse de un acuerdo privado entre dos partes, sólo éstas gozan de personalidad legal en este marco. Asimismo, considera que la parte privada no se puede contemplar como persona internacional en sentido estricto por dos razones. La primera es que el acuerdo entre las partes se establece con un fin específico, es decir, no tiene una misión política. El segundo motivo es que del acuerdo no se traduce una intención de llevar a la parte privada a la arena “real interestatal”. Este razonamiento se deriva, *sensu contrario*, del recogido en la opinión consultiva de la CIJ en el *Asunto sobre Reparaciones*, donde destaca el carácter, los fines y los medios políticos de las Naciones Unidas²⁹.

Los requisitos de subjetividad aludidos por Dominicé y Cheng (ser sujetos directos del derecho internacional, ostentar derechos y deberes bajo este sistema y no otro, etc.) se pueden recoger en la enumeración clásica definida por el profesor Carrillo Salcedo. Según el autor, los cuatro requisitos indispensables son³⁰:

- I. Ser destinatarios de las normas internacionales (ser sujetos de derechos y deberes internacionales).
- II. Ser los creadores de las mismas.
- III. Estar legitimados para presentar reclamación internacional contra el autor de un hecho ilícito internacional.
- IV. Incurrir en responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación.

En función de estos requisitos, el derecho internacional clásico reconocía a los Estados como los únicos sujetos de derecho. En su sentencia del 7 de septiembre de 1927, sobre el asunto *Lotus* (Francia c. Turquía), la Corte Permanente de Justicia Internacional establecía que “el Derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes []. Las reglas jurídicas que obligan

²⁹ IBIDEM y nota al pie 11, donde cita el párrafo de la *Reparations for Injuries...* op. cit. en p. 171

³⁰ CARRILLO Salcedo, J. A. op. cit. p. 28. Okeke recoge una relación parecida de requisitos, aunque modifica el segundo por “ser capaz de entrar en relaciones contractuales o de otro tipo legal con otros sujetos del sistema”. Respecto a esta última, matiza que “la extensión de esta capacidad puede variar con la naturaleza de la persona o entidad en cuestión”. OKEKE, Chris N. *Controversial Subjects of Contemporary International Law*. Rotterdam: University Press, 1974. p. 19.

a los Estados proceden de la voluntad de estos”³¹. Desde esta sentencia y en consonancia con la evolución de la sociedad y el derecho internacional, en la actualidad la mayoría de la doctrina admite que existen otros sujetos de derecho internacional además de los Estados. Éstos permanecen, no obstante, como los sujetos internacionales originarios y plenos. El profesor Carrillo Salcedo define la relación entre sujetos claramente: “sólo los Estados, por consiguiente, son titulares plenos de derechos y deberes reconocidos y sancionados por el Derecho internacional general, de ahí que los Estados soberanos sean por ello sujetos primarios del Derecho internacional mientras que [] las Organizaciones Internacionales son sujetos derivados, nacidos de un acuerdo entre Estados, y los demás sujetos del Derecho Internacional tienen siempre una personalidad limitada y funcional”³². Dumberry, que admite que las ETN adquieren cierta personalidad jurídica internacional en ciertas situaciones previstas por el derecho internacional de inversiones³³, también matiza dicha personalidad, al describirla como limitada, derivada, relativa, funcional. Siendo los Estados los únicos sujetos reconocidos como plenos de derecho internacional, el carácter limitado no es exclusivo de las corporaciones. Lo mismo se puede decir del segundo rasgo (personalidad *derivada*). La personalidad jurídica internacional de estas entidades deriva de la voluntad de uno (o varios) Estados que se expresa en un documento jurídico, tales como tratados bilaterales o multilaterales de inversión o contratos de Estado, que se describirán en el próximo capítulo. En tercer lugar, el carácter *relativo* de la personalidad jurídica internacional de las ETN deriva del principio del carácter relativo de los tratados, según el cual éstos sólo vinculan a los Estados firmantes. Por lo tanto, un Estado que firme un contrato con una entidad reconoce el estatuto jurídico a la corporación *in personam* y dicho estatuto no tiene efectos ni vincula al resto de Estados, no partícipes de la transacción. Al hilo de lo anterior, la corporación es un sujeto internacional “*menor*”, ya que no deriva del derecho internacional general (como podría ser el caso de las Organizaciones Internacionales como la ONU, sujeto “objetivo” de derecho internacional³⁴) sino de un instrumento jurídico concreto. Por último, se trata de una personalidad jurídica *funcional*, ya que está limitada a los derechos y obligaciones que están expresamente indicados en el instrumento jurídico donde se reconoce su personalidad.

En definitiva, las posturas en torno a la personalidad jurídica internacional de las ETN se pueden clasificar en tres grupos: posturas a favor, posturas en contra y posiciones intermedias que no se

³¹ (C.P.J.I, Série A, n° 10, p. 18)

³² CARRILLO Salcedo, J.A. op. cit. pp. 28-29.

³³ DUMBERRY, P. “L’enterprise, Sujet de Droit International?” op. cit. pp. 114-115.

³⁴ Así lo refiere la CIJ en su opinión consultiva de 1949 pp. 184.185. Cit en DUMBERRY, P. idem, nota al pie 58.

expresan en términos categóricos o bien rehúyen de la denominación dicotómica entre sujetos y objetos de derecho internacional.

1.1 Posturas a favor del estatuto jurídico internacional de las ETN

Sin entrar en el análisis del derecho de inversiones que ocupará el próximo capítulo, se pueden recoger posturas que, desde una fundamentación ideológica (la defensa de los derechos humanos) abogan por reconocer el estatuto jurídico internacional a estas entidades. Un texto que, pese a su antigüedad, es aún citado con frecuencia por los defensores de esta posición pertenece al jurista Jonathan Charney³⁵. Publicado en 1983, el artículo en cuestión argumenta la necesidad y los beneficios de incorporar a las ETN en los procesos internacionales de creación normativa, en lo referente a regulaciones que les afectaran³⁶. Ya en esta fecha, el autor esgrime que hay “evidencia” de que las ETN han tenido personalidad jurídica internacional por un tiempo, afirmación que ilustra con la actividad de estas entidades en el ámbito internacional de inversiones³⁷. Con carácter más reciente, autores como Karsten Nowrot³⁸ o Nicola Jägers se expresan de manera similar, defendiendo la necesidad de incluir a las empresas transnacionales en el sistema jurídico internacional³⁹, con el objetivo de incrementar el respeto del derecho internacional de los derechos humanos por parte de las corporaciones. De cara a esta “inclusión”, Jägers encuentra dos opciones, bien dejando de lado la dicotomía sujeto/objeto de derecho internacional, como propone Rosalyn Higgins, o bien identificando si es posible atribuir personalidad legal internacional a estas entidades. En este sentido, hay dos maneras en que se atribuye personalidad legal internacional⁴⁰. De la primera (mediante tratados internacionales o el reconocimiento por parte de otros sujetos de Derecho Internacional), no da una respuesta positiva. La segunda, en cambio, deja una puerta abierta: comprobar, en el plano fáctico, la titularidad de derechos y deberes y la capacidad procesal del potencial sujeto. Respecto a la titularidad de derechos, Jägers cita a Higgins en su afirmación de que el derecho internacional tradicional muestra una tendencia a enfatizar los derechos de las

³⁵ CHARNEY, Jonathan I. “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, 1983 num 4. pp. 748-788.

³⁶ Idem, pp. 754 y 777.

³⁷ Idem, pp. 762-764. Sobre los argumentos relacionados con el derecho internacional de inversiones se tratará en el próximo capítulo.

³⁸ El profesor Nowrot considera que la situación actual crea “vacíos intolerables” en la estructura del derecho internacional. Ver NOWROT, Karsten. “Reconceptualising international legal Personality of influential Non-State actors: Towards a reputable presumption of Normative Responsibilities”. En JOHNS. Fleur (ed.) *International Legal Personality*, EEUU: Ashgate, 2010. p. 377.

³⁹ JÄGERS, Nicola. “The legal status of the Multinational Corporations under international law”, en ADDO, Michael K, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya: Kluwer, 1999. pp 267,

⁴⁰ Idem, pp. 263-264.

corporaciones, como exponen los derechos de protección de inversiones, el derecho a arbitraje internacional o derechos específicos dentro de los Contratos de Estado⁴¹. En cuanto a las obligaciones, la autora reconoce que la mayoría de las normas internacionales que se dirigen directamente a las corporaciones no son vinculantes (es el ejemplo de los diferentes Códigos de Conducta elaborados en el seno de la Comunidad Internacional⁴²). Una posibilidad es deducir las obligaciones internacionales para este tipo de entidades privadas de instrumentos destinados originalmente a los Estados, siguiendo la teoría del efecto horizontal (o *Drittwirkung*). Ésta afirma que algunos derechos no se aplican solamente en la relación vertical entre Estados e individuos sino también en las relaciones horizontales (por ejemplo, entre un individuo y una corporación)⁴³. La Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han recogido en alguna ocasión esta doctrina⁴⁴, si bien es cierto que el efecto ha sido crear a los Estados la obligación de ser los garantes de tales derechos frente a violaciones por parte de otros individuos⁴⁵. Un caso concreto es la sentencia del asunto A. c. Reino Unido de 23 de septiembre de 1998, relativa al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes⁴⁶. Lo relevante de la cuestión es que, como afirma Clapham, esta doctrina cuestiona algunas concepciones básicas sobre el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, que sólo los Estados son los sujetos receptores de tales normas⁴⁷. En definitiva, de estos indicios, Jägers concluye que hay posibilidad para reconocer la personalidad jurídica internacional a las ETN e insiste en que “si se quiere proteger efectivamente los derechos humanos, las obligaciones en la parte de las empresas transnacionales no pueden ser ignoradas por más tiempo”⁴⁸.

También comparten esta perspectiva ideológica los profesores Dunoff, Ratner y Wippman. En su

⁴¹ Idem pp. 263-264. cita a Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How we Use It*. Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 54-55.

⁴² Algunos ejemplos son las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, el Pacto Mundial o los Principios de John Ruggie, a los que se referirá *infra*.

⁴³ JÄGERS, N., op. cit. p. 265.

⁴⁴ Jägers recoge algunos estudios sobre esta materia, por ejemplo: Dremczewski, A. “The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties”, NILR, Vol. XXVI, 1979, pp.163-181.; Clapham, Andrew, “The Drittwirkung of the Convention”, en: Macdonald *et al* (eds), *The European System for the Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff, Deventer) 1993, y van. Dijk y van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya) 1998, pp. 22-26. Idem, p. 265 nota al pie 22.

⁴⁵ CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p.89. Diferente posición es la que afirma que los tratados de derechos humanos pueden interpretarse de manera que sean aplicables directamente a actores privados como las ETN. Ver NOWROT, K. op. cit. p. 373.

⁴⁶ Sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 1998, en el caso A. c. Reino Unido (100/1997/884/1096) párrafo 22. Para otros casos que reflejan la teoría del efecto horizontal en la CEDH y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver ESCOBAR FORNOS, Iván. *Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas*, En: CARBONELL, M.; CARPIZO, J.; ZOVATTO, D. (coords) *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2009.pp 207-213.

⁴⁷ CALPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. op. cit. p. 91.

⁴⁸ JÄGERS, N. op. cit. p. 269.

obra conjunta *International Law Norms, Actors and Process*, los autores despliegan una batería de argumentos relacionados con la capacidad procesal, su influencia en los procesos normativos relacionados con el comercio o la inversión, o su presencia ante organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo, para defender con vehemencia su postura⁴⁹. Igual de fehaciente se expresa Andrew Clapham, quien afirma que “la carga [de la prueba] parecería ahora que recae sobre aquellos que alegan que los Estados son los únicos portadores de obligaciones relativas a los derechos humanos bajo el derecho internacional, para así ignorar el obvio surgimiento en la escena internacional de una variedad de actores con suficiente personalidad internacional para ser portadores de derechos y deberes bajo el derecho internacional”.⁵⁰ En defensa de la necesidad de reconocer un estatuto jurídico internacional a las ETN se expresa también la profesora Clair Cutler. Ésta argumenta que existe una estrategia de “invisibilización”⁵¹ de las entidades privadas y los individuos en el derecho público internacional, como consecuencia de la aplicación del dogma liberal en la doctrina acerca de la personalidad legal internacional y en las distinciones entre el derecho internacional público y privado. Esta estrategia liberal consiste en la separación radical entre el ámbito de lo público (que, a nivel internacional, se reserva a los Estados y al ejercicio de la política) y el de lo privado (que iría adjudicado a las corporaciones privadas e individuos y donde se desarrolla, de manera *apolítica*, la economía)⁵². Tal paradigma, que la autora considera en las bases del concepto de derecho internacional *westfaliano*, no sólo ignora la configuración real de la sociedad internacional actual⁵³ sino que contribuye a la expansión del poder de las corporaciones, ajenas a todo control regulador por parte del derecho internacional público⁵⁴. Las corporaciones, por lo tanto, no tienen en la actualidad un estatus reconocido a nivel internacional, son objetos *de iure* (aunque sujetos *de facto*⁵⁵). De este modo, para Cutler las corporaciones no poseen directamente derechos y deberes reconocidos por el derecho internacional general, al carecer de una personalidad concreta, ya que estos derechos y deberes están mediados por los Estados⁵⁶. La consecuencia nefasta de esta situación de 'invisibilización' (concepto que la

⁴⁹ DUNOFF, Jeffrey L.; RATNER, Steven, R.; WIPPMAN, David. *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-oriented Approach*. Nueva York: Aspen Publishers, 2010, tercera edición. Citado, en su edición de 2006, en ÁLVAREZ, J.E. “Are Corporations 'Subjects' of International Law?”, NYU School of Law, Public Law Research Paper N° 10-77. p. 6.

⁵⁰ Citado por ÁLVAREZ, J. op. cit. p. 8. El párrafo corresponde a la obra CLAPHAM, Andrew (ed), *Human Rights obligations and Non-State Actors*. op.cit.

⁵¹ CUTLER, Claire A. “Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy”. *Review of International Studies*, 27, 2001. p 133.

⁵² Idem, pp. 138, 139 y 140.

⁵³ Según la autora, el panorama actual ilustra la poca vigencia de esta dictomía: los Estados se comportan como actores económicos y las empresas influyen en la política. Idem, p 139.

⁵⁴ Idem, pp. 134, 137, 142

⁵⁵ Idem, pp. 137, 140.

⁵⁶ Idem, pp. 140, 141. La autora excluye de esta generalidad las situaciones de contratos entre un Estado y una entidad

autora parece haber tomado de un análisis previo presentado por la profesora Fleur Johns⁵⁷) es que, al igual que su identidad, la responsabilidad de las corporaciones está filtrada a través de la lente de la autoridad estatal, una ventaja que cuadra con el hecho de que las corporaciones no estén presionando, ni lo hayan hecho históricamente, por el reconocimiento de una personalidad general internacional⁵⁸. En esta misma línea, el profesor Emeka Duruigbo realiza una férrea defensa de reconocer un estatuto más fuerte a la corporación transnacional en el derecho internacional. Considera que el derecho internacional no puede continuar “jugando al avestruz” pretendiendo que estas corporaciones están sujetas y son “dóciles” al control de los Estados⁵⁹. De este modo, plantea una serie de cambios en el sistema jurídico internacional para que acomode la creciente importancia de las ETN y de su impacto sobre el bienestar social y económico de la humanidad, que tendría como núcleo central el reconocimiento “inequívoco” de estas entidades como sujetos de derecho internacional. En consecuencia, se deberían enumerar con “gran claridad” sus derechos y obligaciones correspondientes bajo el derecho internacional⁶⁰.

En líneas generales, haciendo una clasificación de las diferentes teorías de la personalidad jurídica internacional (como lo hacen Duruigbo⁶¹ o Portmann⁶²), estas posiciones se encuadrarían en aquel grupo que no rechaza la existencia de los Estados como sujetos originarios y plenos del derecho internacional, pero descarta su exclusividad⁶³. Siguiendo la terminología de Portmann, los argumentos expuestos a lo largo de este apartado corresponderían a una concepción de “reconocimiento” (entidades no estatales pueden adquirir personalidad jurídica internacional mediante el reconocimiento explícito o implícito de los Estados) o de “actor” (todos los actores efectivos en la esfera internacional son relevantes y sus derechos y obligaciones específicos son determinados en un proceso de toma de decisión internacional en el que los mismos actores participan)⁶⁴. Como dice Lauterpacht, según recoge Duruigbo, “no hay nada en el derecho internacional que esté fundamentalmente opuesto a que los individuos y otras personas jurídicas se

privada extranjera, precisamente el contexto de donde se derivan los derechos más relevantes de estas entidades así como su capacidad procesal.

⁵⁷ JOHNS, Fleur E., “The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory”. *Melbourne University Law Review*, vol. 19, 1994, pp. 893-923.

⁵⁸ La autora reconoce que la responsabilidad estatal no comprende violaciones internacionales cometidas por agentes privados. CUTLER, Claire A. op. cit. pp. 142 y 143. Ver también CHARNEY, J. op. cit. p. 166-167. .

⁵⁹ DURUIGBO, Emeka. *Multinational Corporations and International Law. Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*. Ardsley, Nueva York: Transnational Publications, 2003, p. 190.

⁶⁰ Idem. p. 204.

⁶¹ El autor recoge tres teorías de la personalidad jurídica internacional. Idem. pp. 192-194.

⁶² Éste distingue cinco posiciones en lo relativo a lo que él denomina “concepciones” de la subjetividad internacional. PORTMANN, Roland. op. cit. pp. 8-18.

⁶³ DURUIGBO, Emeka. op. cit. pp. 192-194.

⁶⁴ PORTMANN, Roland. op. cit. pp. 14-15; 81-82.

tornen sujetos de derechos y deberes internacionales, i.e., sujetos de derecho internacional”⁶⁵.

1.2 Posturas en contra del estatuto jurídico internacional de las ETN

El reconocimiento de un estatuto jurídico internacional a las ETN no está exento de reticencias por parte de quienes temen que ello contribuya a multiplicar el poder fáctico que estas entidades ya poseen. Tales consecuencias se darían si, por ejemplo, se garantizara una presencia directa de las ETN en la esfera jurídica internacional sin un simultáneo fortalecimiento en la regulación y control de estas entidades⁶⁶, dotándolas de una mayor influencia sobre los asuntos económicos y políticos de los Estados⁶⁷. Otro resultado adverso podría ser una situación de “anarquía” similar a la de la Europa del medievo, resultante de la multiplicación de poderes y “semipoderes” y la falta de una fuerza de autoridad superior⁶⁸. De esta opinión se muestra el profesor José Álvarez quien, criticando la postura de Clapham, advierte que los defensores de derechos humanos que optan por esta vía deben “pensar cuidadosamente cuánto quieren confiar en el tropo atractivo de las corporaciones como sujetos o personas internacionales”, puesto que tal definición puede tener “consecuencias no deseadas”⁶⁹. El autor pone como principal ejemplo de su argumento el caso *Citizens United v. Federal Election Commission* (de enero de 2010)⁷⁰ que resulta paradigmático porque, según Álvarez, los argumentos que sustentan la decisión de la Corte Suprema pueden extrapolarse al debate sobre la personalidad jurídica internacional de las corporaciones⁷¹. El autor advierte de los posibles efectos que el reconocimiento de este estatuto podría tener sobre el régimen internacional de inversiones, por ejemplo, incrementando el grado de protección de los derechos de los inversores⁷² e, incluso, vinculándolos al derecho internacional de los derechos humanos⁷³. En definitiva, en el rechazo del estatuto internacional de las ETN desde esta perspectiva, subyace un análisis crítico de

⁶⁵ LAUTERPACHT, “Private Law Sources and Analogies of International Law”, 70 (1929). Citado en DURUIGBO, Emeka. *Multinational Corporations and International Law*. op. cit. p. 195.

⁶⁶ CHARNEY, J. op. cit. p. 773.

⁶⁷ CLAPHAM, A. *Human rights obligations of non-state actors...* op. cit. p. 78.

⁶⁸ Charney cita, como referente de esta teoría, a B. Potter, en su obra “This World of Nations, Institutions, Practices”. Nueva York: MacMillan, 1929. pp. 25-24. En CHARNEY, J. op. cit. p. 774.

⁶⁹ ÁLVAREZ, J. op. cit. p. 11.

⁷⁰ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 US08-205 (2010). En este caso, la Corte Suprema de EEUU consideró inconstitucional una ley federal que prohibía a las corporaciones y sindicatos usar sus propios fondos para hacer donaciones independientes o campañas políticas treinta días antes de elecciones primarias. El juez Justice Kennedy describió a las corporaciones como meras asociaciones de personas que, al igual que otros grupos, tienen derecho al libre ejercicio de la expresión política, amparada en la Primera Enmienda.

⁷¹ Para el autor, los argumentos a favor y en contra del veredicto de la Corte Suprema recuerdan a aquellos a favor y en contra de un estatuto jurídico internacional para las empresas transnacionales y se pueden extrapolar al debate en torno a los beneficios o inconvenientes del régimen internacional de inversiones. ÁLVAREZ, J. op. cit. p. 14 y ss.

⁷² Idem, p. 40.

⁷³ Idem, p. 41.

la estructura económica internacional y de la asociada dicotomía entre países en desarrollo y países desarrollados, en la que las corporaciones ejercen un papel, para muchos autores, vertebral⁷⁴.

Otras opiniones en contra de un estatuto jurídico internacional de las ETN se basan en argumentos jurídicos o, más bien, en la insuficiencia de éstos para reconocer a estas entidades una personalidad jurídica internacional. Algunas posturas se adhieren, como recoge Dumberry, a razonamientos de tipo *estructural*, en tanto que se basan en la “naturaleza intrínseca del orden jurídico internacional” para fundar su rechazo⁷⁵. Estas posiciones se encuadran dentro de una teoría de la personalidad jurídica internacional “estatalista”, que reconoce como únicos sujetos de derecho internacional a los Estados. Duruigbo vincula esta teoría, “tradicional” u “ortodoxa”, a la doctrina dualista del derecho internacional, tres de cuyos eminentes defensores son los teóricos Heinrich Triepel⁷⁶, Lassa Oppenheim o Dionisio Anzilotti. Una opinión contemporánea de este tipo puede encontrarse en François Rigaux, quien afirma que “las corporaciones transnacionales no son ni sujetos ni cuasi sujetos de derecho internacional”⁷⁷. Partiendo de un rechazo teórico e ideológico de aceptar la internacionalización de los contratos de Estado, el autor defiende que las corporaciones son “agentes legales sujetos a la jurisdicción de los Estados, y son afectadas por las reglas del derecho internacional sólo cuando son mediadas por un orden legal estatal”⁷⁸. En definitiva, según el autor, el Poder de estos grupos y su capacidad de negociar con los Estados no puede darles el estatus de sujetos de derecho internacional, que sólo podría ser conferido a estas entidades mediante la voluntad de los Estados”⁷⁹. En esta misma línea, autores como la profesora Olga Martín-Ortega alegan que “resulta difícil mantener, desde el punto de vista teórico, la afirmación de que estas entidades hayan alcanzado el estatus de personas jurídicas”⁸⁰ y alega que no considera que “para el avance del Derecho internacional de los derechos humanos en la materia sea necesario el reconocimiento de dicho estatus jurídico”⁸¹. En definitiva, se podría decir que dentro de esta perspectiva, basada en prerequisites reconocidos para la personalidad jurídica internacional, las

⁷⁴ DUMBERRY, P. “L’entreprise, sujet de Droit International?”, op. cit. pp. 107-108. El próximo capítulo detallará esta postura, respecto de la teoría de la “internalización” de los contratos de Estado.

⁷⁵ DUMBERRY, P. “L’entreprise, sujet de Droit International?”, op. cit. p. 106.

⁷⁶ DURUIGBO, E. op. cit. pp 192-193. Portmann cita como ejemplos del pensamiento de este autor los artículos “Droit International et Droit Interne”, *Bibliothèque Française de Droit de Gens de la Fondation Carnegie*. París: A. Pedone, 1920.; y “Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International”, *RCADI*, vol. 1, 1923. Ver PORTMANN, R. op. cit. pp. 43-46.

⁷⁷ RIGAUX, François “Transnational Corporations”. En: BEDJAOUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*, París: UNESCO, 1991. p. 129.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos*. Barcelona: op. cit. p. 62. En este sentido, ver también BRONWILIE, I. op. cit. P 65.

⁸¹ MARTÍN-ORTEGA, O. op. cit. p. 62.

corporaciones no pueden hoy día ser consideradas sujetos de derecho internacional “en el sentido de ser destinatarios de obligaciones legales internacionales”⁸².

1.3 Posturas intermedias o que rechazan las categorías sujeto-objeto

Al margen de los extremos expuestos arriba, algunos autores no defienden rotundamente la subjetividad internacional de las entidades transnacionales pero sin rechazar el debate. Por ejemplo, el profesor Chris Okeke afirma que, aunque las corporaciones son en la “teoría legal estricta, sujetos de derecho privado”, el hecho de que se implican en una gran variedad de relaciones internacionales (algunas con entidades y organismos públicos) sugiere que el problema de su estatus internacional no puede ser descartado.⁸³ El autor profesa una visión con tintes sociológicos, en la que la evolución de la sociedad internacional ha de condicionar el derecho internacional⁸⁴.

Según explica Martín-Ortega, la dificultad para acordar una solución en esta cuestión ha llevado a algunos autores a adoptar un punto de vista “pragmático” y a considerar a las ETN como “participantes” de la evolución del Derecho Internacional, una noción que se centra en los derechos y las obligaciones de los actores no estatales y que omite el examen en torno a su subjetividad jurídica⁸⁵. Una impulsora de la categoría de “participante” para superar la dicotomía sujeto-objeto es Rosalyn Higgins (quien ha sido la primera presidenta de la Corte Internacional de Justicia)⁸⁶. Para esta autora, la comprensión del derecho internacional desde el esquema sujeto-objeto es una “prisión intelectual” que hemos erigido en base a una elección y luego declarado como una limitación inalterable⁸⁷. Frente a esta premisa de nociones no “creíbles” ni “funcionales”, Higgins presenta una alternativa: partiendo de la visión del derecho internacional como un proceso (dinámico, no estático) de toma de decisiones, considera que en dicho proceso intervienen una variedad de ‘participantes’, que no son ni sujetos, ni objetos. Entre éstos se encuentran entidades como los Estados, individuos, organizaciones internacionales o corporaciones multinacionales⁸⁸. La profesora Cutler acoge esta crítica a la terminología clásica, pues considera que la diferenciación entre sujetos y objetos (estableciendo a los Estados en el primer ámbito y a las corporaciones e individuos en el segundo) es un proceso encaminado a evitar tenencias y personalidades

⁸² NOWROT, Karsten. op. cit. p. 372.

⁸³ OKEKE, Chris N. op. cit. p. 207.

⁸⁴ OKEKE, Chris N. op. cit. p. 216.

⁸⁵ MARTÍN-ORTEGA, O. op. cit. p.65.

⁸⁶ HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How we Use It*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 1994.

⁸⁷ Idem, p. 49.

⁸⁸ Idem, p. 50.

'antiestatales', erigiendo a los Estados-sujetos como “conserjes” del derecho internacional⁸⁹. Clapham, por su parte, se suma a esta posición, pues considera que las referencias a los sujetos de derecho internacional son “obviamente engañosas” y ha impedido apreciar que los actores no estatales pueden poseer derechos y obligaciones internacionales⁹⁰. Por ello, en el caso de las ETN, prefiere hablar de la existencia de una personalidad jurídica internacional limitada, sin hablar de subjetividad⁹¹.

En esta misma línea, desde su rechazo al estatuto internacional de las corporaciones, José Álvarez considera la opción de Higgins más “sensible a la práctica real” ya que calificar a las corporaciones como “participantes” evita producir “analogías engañosas” entre estas entidades y los individuos⁹². Por ello, el autor aparta la noción de responsabilidad de las ETN del debate sobre su subjetividad jurídica. “El escepticismo sobre la personalidad [“personhood”] de las corporaciones no debe ser confundido con la existencia de dudas acerca de si las corporaciones internacionales tienen responsabilidades (así como derechos) bajo el derecho internacional. Claramente, hoy día tienen ambas cosas”⁹³. De manera similar se expresa Olivier de Schutter, al afirmar que la atribución de obligaciones a las empresas y de una responsabilidad jurídica dimanada de éstas no debe depender del reconocimiento o no de una personalidad jurídica internacional de dichos entes. “El reconocimiento de la personalidad legal internacional de una ETN no debería ser visto como un prerequisite para la imposición de obligaciones a tales entidades, tal y como no ha sido considerado un prerequisite para el reconocimiento de derechos a dichos actores, por ejemplo, bajo los tratados de libre comercio (TLC) o los acuerdos de liberalización de inversiones”⁹⁴. Martín-Ortega asume la línea doctrinal de Bonet Pérez, cuando éste afirma que ni todos los actores internacionales tienen que ser forzosamente sujetos de Derecho Internacional Público por el hecho de participar en las relaciones internacionales, ni, por este motivo, puede excluirse que “una situación de hecho en la que se implica un actor internacional que no goce de personalidad jurídica internacional esté amparada por el Derecho Internacional público.”⁹⁵

⁸⁹ CUTLER, A. C. op. cit. p. 136.

⁹⁰ CLAPHAM, A. *Human Rights obligations of Non-State Actors...* op. cit. p. 80.

⁹¹ Idem, p. 79.

⁹² ÁLVAREZ, J. op. cit. pp. 10-11.

⁹³ Idem, p. 47.

⁹⁴ DE SCHUTTER, Olivier (ed): *Transnational Corporations and Human Rights*. op. cit p. 43.

⁹⁵ MARTÍN-ORTEGA, O. op. cit. p. 66 citando a Bonet Pérez.

Capítulo 2: La Personalidad Jurídica Internacional en base al carácter de los contratos de Estado

Uno de los aspectos más controvertidos en torno a la polémica de la personalidad jurídica internacional de las empresas transnacionales es su papel en las relaciones contractuales que suscriben con los Estados. Como ya se ha explicado, la presencia de las grandes corporaciones en la comunidad internacional ha adquirido dimensiones que la doctrina tradicionalista del derecho internacional no podía imaginar. El papel de estas entidades privadas en la firma de contratos de inversión, acuerdos de desarrollo económico y otras transacciones económicas o comerciales con los Estados ha llevado a los teóricos a cuestionarse el rechazo tradicional a considerar estos actores como sujetos de derecho internacional. El debate se sitúa en torno a dos puntos: de un lado, si las empresas son realmente partícipes de tratados internacionales (y si ello, en efecto, las dotaría de personalidad internacional). Por otro lado, la cuestión del *locus standi* de estas entidades ante tribunales internacionales, es decir, si tienen derecho a presentar demandas ante instancias internacionales cuando los derechos adquiridos por estos contratos son violados por el Estado parte.

Sobre el primer punto, la pregunta es ¿se puede afirmar que los contratos firmados entre los Estados y entidades privadas extranjeras están regidos por el derecho internacional y, por tanto, podrían ser equiparables con tratados internacionales? En caso afirmativo, ¿este hecho convertiría a estas entidades privadas en sujetos de derecho internacional?

De entrada, cabe precisar que las relaciones contractuales entre Estados y entidades extranjeras son muy numerosas y variadas. Entre los tipos de transacciones se encuentran contratos de inversiones (que han experimentado una gran evolución durante el pasado siglo⁹⁶), acuerdos de concesión, contratos de desarrollo económico, etc⁹⁷. Estos acuerdos pueden resultar de una negociación directa entre las partes, aunque un gran número se firman bajo el auspicio de tratados bilaterales de inversión (o acuerdos de protección recíproca de inversión, APRI⁹⁸). En virtud de estos, dos Estados se comprometen a fomentar las inversiones de entidades de la nacionalidad de la otra parte y

⁹⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 72.

⁹⁷ Ya en su obra de 1974, el profesor Okeke recogía estos tipos de transacciones entre un Estado y una entidad privada. Ver OKEKE, Chris N. op. cit. pp. 208-210.

⁹⁸ Sobre la variada terminología de tratados varía según el contexto, Muchlinski explica que la corriente norteamericana los denomina “tratado bilateral de inversión” (cuya sigla en inglés es BIT, Bilateral Investment Treaty), mientras que en la terminología británica, se conoce como “acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones” (las siglas, en español, son APPRI). En España antes se les conocía por la denominación norteamericana, BIT, pero cada vez se usa más su acrónimo castellano. Ver MUCHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises and the law*. 4ª edición. EEUU: Blackwell Publishing, 2005. p. 617 nota 1.

otorgan importantes derechos que benefician a los inversores que actúan bajo este marco legal. De este modo, bien sea bajo el abrigo de un tratado bilateral de inversión entre Estados o mediante cualquier tipo de acuerdo directo, de la negociación entre un Estado y una entidad privada surge un contrato que contiene compromisos, derechos y obligaciones para ambas partes. De esta situación emerge la pregunta sobre el ordenamiento jurídico que debe regir las provisiones contenidas en el contrato y, muy especialmente, el mecanismo de solución de controversias que puedan surgir durante su vigencia.

Desde la década de los 70 y 80 del siglo pasado se ha desarrollado una corriente doctrinal que considera que tales acuerdos no se rigen por el derecho nacional del Estado de acogida sino por el derecho internacional. El origen de esta teoría se puede ubicar en la década de 1960 con Friedmann, quien para Malanczuk fue el promotor de la “doctrina del contrato internacional”⁹⁹. En su obra considerada como la exposición de esta teoría, *The Changing Structure of International Law* (1964), el autor presenta este tipo de contratos, poniendo como ejemplo el Iranian Oil Agreement de 1954. Dadas sus características y la influencia sobre la economía y la vida del Estado parte, muchos autores han considerado a este tipo de contrato como “similares a tratados internacionales”¹⁰⁰. Esta afirmación, explica el autor, no significa mas que reconocer que los acuerdos de este tipo no están necesariamente fuera del ámbito del derecho internacional público, sino que éste es en efecto el derecho aplicable. Friedmann alude a la incorporación de la cláusula de arbitraje (que se explicará *infra*). Por este motivo se entiende que la doctrina haya considerado a este autor el promotor de la teoría del contrato internacional. Cabe precisar, como se hará más adelante, que para Friedmann esto no significa que las entidades privadas adquieran personalidad jurídica internacional en virtud de este tipo de contratos, un término que rechaza con vehemencia¹⁰¹. Los detractores de esta teoría defienden que este tipo de contratos se rigen por el derecho nacional del Estado de acogida y que la parte privada no adquiere ningún tipo de estatus internacional a raíz del mismo. Desde su origen hace más de treinta años, la cuestión sigue rodeada de polémica. Aunque en su mayoría, los autores esgrimen argumentos jurídicos y estructurales para apoyar una postura, en el análisis del asunto emergen cuestiones ideológicas e históricas que es menester tomar en consideración. Dada la complejidad del objeto de análisis, en los siguientes apartados se intentará exponer un esquema

⁹⁹ MALANCZUK, Peter. “Multinational Enterprises and Treaty-Making. A contribution to the discussion on Non-State Actors and the “Subjects” of International Law”, en GOWLLAND-DEBAAS, Vera (ed), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haya: Martinus Nijhoff Publications, 2000. p. 59.

¹⁰⁰ En la expresión literal: “a number of writers have characterised this, and similar types of international agreements, as being akin to international treaties”. FRIEDMANN, W. op. cit. pp. 221-2.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 223.

sistematizado de las razones que sustentan cada posición.

2.1 Definición del objeto de análisis: ¿de qué estamos hablando?

La mayoría de los autores que han teorizado sobre el derecho aplicable a los contratos de Estado utilizan este término de manera genérica para referirse a aquel contrato firmado entre un Estado (o entidad estatal) y una entidad extranjera privada¹⁰². Brownlie, por ejemplo, afirma que los Gobiernos suscriben contratos de varios tipos con personas o entidades extranjeras, entre los que menciona acuerdos de préstamos (incluyendo bonos del Estado), contratos para suministros y servicios, contratos de trabajo, acuerdos para la construcción y operación de sistemas de transportes o acuerdos que confieren derechos de explotación de recursos naturales por el pago de regalías, entre otros. El autor recoge que los acuerdos que implican explotación de recursos son denominados con frecuencia “acuerdos de concesión”, aunque opina que no hay razones para considerar que, en caso de que tales acuerdos constituyan una categoría, ésta sea diferente de otros contratos de Estado¹⁰³. En esta misma línea, Sornarajah define a los contratos de Estado como aquellos en los que una de las partes es un Estado o una agencia estatal¹⁰⁴. Esta definición abarca tanto contratos con entidades nacionales como entidades extranjeras (empresas transnacionales). En su obra sobre la extensión de la personalidad corporativa en el derecho internacional, el profesor Ijayaale no menciona directamente el término 'contrato de Estado' pero utiliza la definición genérica (acuerdos entre Estados y corporaciones privadas) para analizar la cuestión en torno a su carácter jurídico y el derecho aplicable. En un primer momento utiliza la expresión “acuerdos de concesión” (para referirse, especialmente y como hiciera Brownlie, a contratos que implican recursos naturales) aunque explica que, en el contexto histórico de la elaboración de su trabajo (en los años 70 del siglo pasado) estos acuerdos se estaban transformando en “acuerdos de desarrollo económico”. La diferencia principal es que en estos últimos suelen participar entidades financieras internacionales (especialmente, el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, germen del Banco Mundial y hoy parte del Grupo del Banco Mundial) y que suelen formar parte de un plan económico nacional a largo plazo¹⁰⁵.

Para otros autores, como Charles Leben, “casi todos los analistas coinciden en que no todos los

¹⁰² Ver, por ejemplo, MALANCZUK, Peter. “Multinational Enterprises and Treaty Making”... op. cit. p. 58; PORTMANN, R. op. cit. p. 26. CHENG, B. op. cit. pp. 32-33.

¹⁰³ BROWNLEE, I. op. cit. p. 522.

¹⁰⁴ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. Singapur: Longman Singapore Publ., 1990. pp. 49 y 53.

¹⁰⁵ IJAYALE, David Adedayo, *The extension of Corporate Personality in International Law*. New York: Oceana Publications, INC, 1978. pp. 147-149.

contratos entre un Estado y una entidad privada son contratos de Estado en el sentido estricto del término”¹⁰⁶, aunque admite que apenas han surgido trabajos que definan esta categoría particular. De hecho, considera que sólo hay una definición estrictamente legal de contratos de Estado, provista por Pierre Mayer. En opinión de éste, los contratos generales suscritos entre un Estado y una entidad privada se rigen por el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. Los contratos de Estado en sentido estricto tienen, por el contrario, una serie de características legales básicas: contienen una cláusula de arbitraje, neutralizan el poder normativo del Estado mediante la inclusión de cláusulas de estabilización, pueden estar integrados en un tratado internacional y, bajo ciertas circunstancias, hay una internacionalización del derecho aplicable¹⁰⁷. Esta definición recoge precisamente los argumentos que aportan los defensores de la internacionalización de los contratos de Estado, como el propio Leben. No obstante, en este sentido puede resultar un tanto tautológica, puesto que si sólo los contratos que tienen tales características se pueden considerar sujetos al Derecho Internacional, todos los contratos de Estado son contratos internacionales. Curiosamente, el creador de esta definición (Mayer), rechazaba que el derecho internacional fuera el aplicable a estas relaciones legales, puesto que sostenía, en palabras de Leben, una visión tradicional según la cual el derecho internacional no puede aceptar individuos como sujetos activos¹⁰⁸. A efectos de este capítulo, se considerará aquí a los Contratos de Estado en su definición más genérica: como aquellos acuerdos económicos o comerciales suscritos entre un Estado (o un organismo estatal) y una entidad privada extranjera. Con ello, se sigue la definición más extendida entre los autores, aunque, con objeto de mantener la rigurosidad del análisis, se señalarán los casos en que los autores refieran a un tipo de contrato específico en su argumentación.

2.2 Argumentos a favor del carácter internacional de los contratos de Estado

2.2.1 Cláusula del derecho aplicable

Uno de los principales argumentos en defensa de la internacionalización de los Contratos de Estado es la cláusula de elección del derecho aplicable. La mayoría de los contratos suscritos entre un Estado y una empresa extranjera contienen esta cláusula, en la cual se supone que las partes

¹⁰⁶ LEBEN Charles. “Hans Kelsen and the advancement of International Law”, *European Journal of International Law*, 1998: vol. 9, num 2, p. 300.

¹⁰⁷ MAYER, Pierre, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat". *Journal du droit International*, 1986, num 5, p. 29-39, citada por LEBEN, op. Cit. p. 300.

¹⁰⁸ LEBEN, c. op cit pag 300-301.

expresan su voluntad de someter el contrato a un régimen jurídico o a unas normas determinadas. En la actualidad, esta cláusula es uno de los elementos más sensibles de estas relaciones contractuales. El Estado de acogida intentará defender su poder de soberanía territorial, mientras que la entidad inversora procurará referir al orden jurídico que provea un ambiente legal más estable y predecible de cara a proteger su inversión¹⁰⁹. De este modo, la cuestión enfrenta a los defensores y detractores de la internacionalización de los contratos de Estado. Los primeros argumentan que las cláusulas del derecho aplicable hacen referencia, sobre todo, al derecho internacional y que ello traslada este tipo de contratos al ámbito jurídico internacional (algunos autores incluso equiparan estos contratos con Tratados Internacionales). Los detractores de esta teoría argumentan, como se verá en el próximo apartado, que no hay pruebas para sostener que el derecho aplicable a los contratos de este tipo sea el Derecho internacional y que, en todo caso, es el derecho interno del Estado de acogida el que debe regir estas situaciones.

Según Dolzer y Schreuer, la elección del derecho aplicable a un contrato de inversión depende del poder negociador y las habilidades de las partes. El rango de opciones posible cubre desde una mera referencia al derecho interno del Estado de acogida¹¹⁰ hasta la elección exclusiva de normas del Derecho Internacional. Entre estos extremos, hay casos que refieren a los principios generales de derecho, los usos de la industria y, de forma menos frecuente, las normas de justicia natural o equitativa. En algunos casos, incluso, buscando un consenso las partes han aceptado referir a una combinación entre derecho interno e internacional¹¹¹. En cualquier caso, los autores aseguran que las cláusulas de elección del derecho aplicable suscitan problemas de interpretación, que deja abierta la puerta a situaciones no resueltas. Es el caso de la colisión entre normas cuando la cláusula refiere a dos sistemas legales que se contradicen o, en caso de que haya disputa y se someta a un tribunal de arbitraje internacional, qué pasaría si el derecho aplicable es el interno y éste contradice alguna norma de derecho internacional¹¹². En definitiva, todas estas cuestiones son las que dan cabida a la existencia de una polémica, la del derecho aplicable a los contratos entre Estados y entidades extranjeras, que se permea a la discusión sobre la personalidad jurídica de las ETN.

¹⁰⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. op. cit. p. 74.

¹¹⁰ Por ejemplo, *Attorney-General v. Movil Oil NZ LTD*, New Zealand, High Court 1 julio 1987, 4 ICSDI Reports 117, en p. 123; *MINE v Guinea*, Decision of Annulment, 22 December 1989, 4 ICSCID Reports 79, en paraf 6.31. Citados en DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. p. 265.

¹¹¹ Por ejemplo, ver los Acuerdos de Concesión concluidos entre Libia y dos compañías norteamericanas entre 1955 y 1968 en *Texaco v. Libya*, Award, 19 enero 1977, 53 ILR 389, en p. 404. Otros casos de este estilo son *LIAMCO v. Libya*, Award, 12 abril 1977, 62 ILR 141 en p. 172M; *Birtish Petroleum v. Libya*, 10 octubre 1973, 53 ILR 297, en p. 303; *AGIP v. Congo*, Award 30 noviembre 1979, 1 ICSID Reports 306, en paraf 18; *Kaiser Bauxite v Jamaica*, Decision on Jurisdiction, 6 julio 1975, 1 ICSID Reports 296, en para 12; *CSOB v Slovakia*, Award 29 diciembre 2004, en parafs 58-63. Citados en DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. p. 265.

¹¹² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. p. 74.

Se puede recoger que los antecedentes del principio de elección del derecho aplicable se encuentran en el caso Abu Dhabi¹¹³. En él se analizaba un acuerdo de concesión suscrito en 1939 entre el Sheikh de Abu Dhabi y la compañía Petroleum Development. El árbitro, Lord Asquith de Bishopstone, debía pronunciarse sobre el derecho aplicable a dicho contrato. En primer lugar, afirmó que, de aplicarse un derecho nacional, éste sería *prima facie* el existente en Abu Dhabi. No obstante, consideró que este país, sometido a las leyes del Corán, no disponía de “un cuerpo de principios legales aplicable a la construcción de instrumentos comerciales modernos”¹¹⁴ y, por lo tanto, había que acudir a principios existentes en el Derecho Internacional.

El razonamiento del árbitro se observa en el siguiente párrafo del laudo que, por su relevancia, se reproduce entero:

“¿Cuál es el 'Derecho aplicable' en la interpretación de este contrato? Es un contrato firmado en Abu Dhabi y que será ejecutado completamente en este país. De aplicarse algún sistema nacional de derecho, sería *prima facie* el de Abu Dhabi. Pero no se puede decir razonablemente que dicho Derecho exista. El Sheik administra una justicia puramente discrecional con la asistencia del Corán; y sería extravagante sugerir que en esta región tan primitiva hay un cuerpo establecido de principios legales aplicables a la construcción de instrumentos comerciales modernos”.¹¹⁵

Esta teoría fue de nuevo aplicada dos años después, en el caso Qatar¹¹⁶. El árbitro consideró que el derecho aplicable en el Estado receptor de la inversión, Qatar (donde regía la Sharia o ley islámica), no era válido para interpretar el acuerdo suscrito, de modo que concluyó que la disputa debería ser resuelta “de acuerdo a los principios de justicia, equidad y buena conciencia”¹¹⁷.

En paralelo al desarrollo de estas sentencias arbitrales ya se encuentran antecedentes de la doctrina de internacionalización en autores como F. Mann, quien acuñó el término “contratos de Estado” en

¹¹³ *Petroleum Development Ltd v. Sheikh of Abu Dhabi*, ILR, vol 18 (1951) 144.

¹¹⁴ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 18.

¹¹⁵ 1951. 18 ILR 144, en p. 149. Párrafo citado en IJAYALE, D. A., op cit.p. 156. [Traducción propia].

¹¹⁶ *Qatar Arbitration*, ILR vol. 20 (1953) 534. El gobierno qatari se enfrentaba a una corporación angloestadounidense por un contrato de concesión petrolífera de 1935. El caso fue motivado por el descubrimiento de unas áreas continentales que no eran conocidas en la época del contrato. Ver NELSON, Timothy G. “History Ain’t Changed: Why Investor-State Arbitration Will Survive the ‘New Revolution’”, En WAIBEL, M.; KAUSHA, A. et al. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Holanda: Kluwer Law International, 2010. p. 560.

¹¹⁷ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. p. 18. Cabe aquí precisar que este autor rechaza la argumentación y los principios de la doctrina del contrato internacionalizado, como se verá en el próximo apartado. No obstante, en su obra recorre el origen y desarrollo de esta corriente.

1944¹¹⁸, aunque en este trabajo se refería en concreto a contratos de préstamo y deuda. En su artículo, el autor realiza un análisis de la evolución del derecho internacional y presenta una novedosa perspectiva que escapa de la dicotomía del derecho internacional público y el privado. Introduce la noción de la elección del derecho aplicable a cargo de las partes e identifica varias situaciones posibles¹¹⁹. La primera de ellas, que las partes decidan “deslocalizar” el contrato remitiendo a principios del derecho internacional público. Según el autor, desde el momento en que una de las partes es un sujeto de derecho internacional, existe entonces *ipso facto* una “conexión suficiente con normas supra nacionales” que permite internacionalizar el contrato. En segundo lugar, las partes pueden remitir al derecho internacional en sentido estricto, en busca de la aplicación de principios como que el Estado no puede justificar en su derecho nacional límites al ámbito de sus obligaciones internacionales¹²⁰. Por último, menciona incluso casos en los, sin que las partes refieran a un derecho aplicable, se pueda interpretar que el contrato se halla implícitamente internacionalizado¹²¹.

Posteriormente, Arnold McNair proveyó la base para la doctrina de la cláusula de elección del derecho aplicable. Según Ijayale, el prestigioso iusinternacionalista afirmó en su texto de 1957 que la base adecuada para la elección de cualquier sistema jurídico debía encontrarse en la intención de las partes, manifestada bien mediante una provisión expresa en el contrato o mediante implicaciones derivadas de los términos del acuerdo y la naturaleza de la transacción prevista en éste.¹²² Asimismo, Sornarajah sostiene que este autor partía de la constatación de que varias sentencias arbitrales destacaban la falta de normas locales bajo las cuales poder solucionar las diferencias y, en base a ello, sugirió que en tales casos serían aplicables los principios generales de derecho¹²³. Cabe aquí precisar, como hacen tanto Ijayale como Sornarajah, que McNair no estaba refiriéndose directamente al derecho internacional como el sistema aplicable los contratos referidos. En última instancia, la fuente aplicable sería el conjunto de “principios generales de derecho reconocidos por

¹¹⁸ MANN, F. A. “The Law Governing State Contracts”. *British Year Book of International Law*, 1944: vol. 21, n° 11.

¹¹⁹ Idem, p. 19.

¹²⁰ Mann pone el ejemplo de los bonos del Estado, que crean obligaciones que están por encima de la voluntad estatal y de las circunstancias, para así proteger a los titulares de dichos bonos. Menciona también ejemplos de contratos de Estado que, aunque sujetos *prima facie* al derecho nacional, han sido sometidos por las partes a derecho internacional. Idem, pp. 19-20.

¹²¹ Idem, p. 21.

¹²² IJAYALE, D, A. op. cit. p. 157. Texto citado: McNair, Arnold: “The general principles of law recognised by civilised nations” 33. BYIL 1, p. 4.

¹²³ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. p. 18. En el mismo sentido, Mann explicó la apelación al derecho internacional alegando situaciones en las que, o bien un Estado no quería someterse a un derecho nacional externo, o bien la parte privada no quería vincularse al derecho del Estado o de acogida o bien éste carecía de las herramientas jurídicas adecuadas. Ver MANN, F.A. “The proper Law of Contracts concluded by International Persons”. *British Year Book of International Law*, 1959: vol. 35, num 34. p. 46.

las naciones civilizadas”¹²⁴. Estos principios son una fuente del Derecho Internacional, como recoge el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y hoy son unánimemente considerados como principios generales del derecho interno extrapolables al ordenamiento internacional.

El propio McNair rechazó internacionalizar estos contratos, bajo un argumento estructural propio de una postura tradicionalista. En su escrito de 1957, el autor sostiene que el derecho internacional público no se puede aplicar porque “este sistema es un sistema interestatal” y que estos contratos no son interestatales¹²⁵. Ijayale, que pertenece a la escuela de W. Friedmann (quien fue su mentor antes de fallecer), rechaza esta postura y le atribuye “debilidades inherentes”. De entrada, arguye que el principio de la elección del derecho está firmemente establecido en la mayoría de los sistemas legales. Aunque admite no está resuelta la cuestión sobre si tales decisiones tienen restricciones, considera que ninguna de presentadas hasta la fecha llevaría a descartar la elección del derecho internacional público, especialmente cuando en el contrato hay involucrado un sujeto de derecho internacional (el Estado).¹²⁶

En un sentido similar, Chris Okeke ha criticado las posturas de quienes rechazan que el derecho internacional se pueda aplicar a los contratos entre un Estado y una parte privada extranjera. Afirma que las partes no tienen restricciones a la hora de asignar un derecho rector, aunque subraya que el hecho de el derecho internacional sea el elegido no convierte a la entidad privada en sujeto de derecho internacional. Es el contrato el que queda sujeto a este marco legal, no la empresa inversora¹²⁷. Esta opinión es compartida por Bin Cheng. Como se mencionó en el apartado anterior, este autor afirma que el sistema jurídico internacional está conformado por una multiplicidad de sectores y subsectores, algunos de los cuales pueden crearse *ad hoc*, en el momento en que dos partes independientes y autónomas deciden entablar relaciones legales. Entre las relaciones posibles, menciona los contratos suscritos entre un Estado y una parte extranjera privada. Según Cheng, estos acuerdos “están ubicados fuera de las reglas y jurisdicción de todo sistema de derecho interno” y están sujetos al “derecho internacional o a los principios generales del derecho”. No obstante, el autor sostiene que la parte privada no es considerada como persona legal internacional en sentido propio porque el contrato sirve a un propósito específico y carece del carácter y los medios políticos

¹²⁴ McNair, “The general principles of Law recognized by Civilized Nations”, op. cit. p. 6. Citado en IJAYALE, D. A. op. cit. p. 158.

¹²⁵ McNair, op. cit. pp. 10-19. Citado por IJAYALE, D. A. op. cit. p. 159.

¹²⁶ IJAYALE, D. A. op. cit. pp. 159-160. El autor extrae esta afirmación de MANN, F.A. “The proper Law of Contracts concluded by International Persons” op. cit. p. 46.

¹²⁷ OKEKE, Chris N. op. cit. pp. 213-214.

que caracterizan a los sujetos internacionales¹²⁸

Con posterioridad al texto de McNair, una parte de la doctrina evolucionó hacia la teoría del derecho internacional como el sistema legal único o preferente. A esta corriente se sumaron algunos árbitros, que basaban sus laudos sobre este argumento. En 1963, el caso *Sapphire Petroleum*¹²⁹ dio, por primera vez, un apoyo completo la aplicación del derecho internacional público y a la exclusión del derecho nacional. El caso en disputa, como era frecuente en esta época, consistía en un acuerdo de concesión para la explotación de petróleo, en este caso entre el gobierno de Irán y la compañía Shappire International (una subsidiaria de la canadiense Shappire Petroleum Ltd.). El contrato de inversión no recogía una cláusula explícita de derecho aplicable, de modo que el árbitro, el juez Pierre Calvin, hizo una inferencia a partir de la “voluntad de las partes” y de evidencias extraídas del contrato. Como conclusión, dedujo que el derecho aplicable serían los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Entre otros argumentos, el juez encontró evidencia de esta decisión en las “propias características del contrato”¹³⁰ y en la existencia de una cláusula de arbitraje¹³¹. La sentencia suponía un punto de inflexión en la tendencia hacia la internacionalización de los contratos de Estado pues, según recoge Sornarajah, el laudo proponía que el derecho internacional fuera aplicable con carácter general, y no dependiendo de las deficiencias en el ordenamiento jurídico del Estado receptor, como hasta la fecha. El motivo de este cambio, según Sornarajah, es que en la época de este caso, los Estados poseedores de recursos naturales estaban empezando a regular en esta materia¹³².

No obstante, el caso paradigmático es el de *Texaco v. Libia*¹³³. En él, el profesor René-Jean Dupuy, árbitro del caso, realiza una defensa de la internacionalización de los contratos de Estado¹³⁴ que ha sido tomada como referencia por numerosos autores de la corriente. El árbitro decide que la decisión del gobierno libio de romper el contrato de concesión petrolífera fue una quiebra del derecho internacional porque considera este acuerdo está sujeto al derecho internacional. En un

¹²⁸ CHENG, Bin. Op. cit. pp. 32-33.

¹²⁹ (1963), 35 ILR 136. Citado por SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. pp. 19-20.

¹³⁰ 35 ILR p. 171.

¹³¹ 35 ILR p. 172. Citado en “Case Summary Sapphire International Petroleum v. National Iranian Oil Company,” sumario preparado para el libro RIPINKSY, Sergey; WILLIAMS, Kevin, *Damages in International Investment Law* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008. p. 4 Disponible en Internet: http://www.biiicl.org/damages_investment_law/

¹³² SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. p. 20.

¹³³ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of Libyan Arab Republic*. Sentencia de 19 enero, 53 ILR Vol 53 (1977) 389. También publicada en 1979 ILM 1.

¹³⁴ La sentencia recoge una detallada relación de las “maneras” en las que se puede producir la internacionalización de un contrato entre un Estado y una entidad privada extranjera, entre los párrafos 40 y 45.

fragmento de la sentencia introduce la cuestión:

“aunque no pueden ser confundidos con tratados, los contratos entre estados y personas privadas pueden, bajo determinadas condiciones, entrar en el ámbito de una nueva y particular rama del derecho internacional: el derecho internacional de contratos”¹³⁵

Afirmación que, como afirma Sornarajah, matiza más adelante, subrayando que “No parece que se pueda establecer a este respecto una distinción entre un tratado y un contrato internacionalizado”¹³⁶.

Para llegar a esta conclusión, el árbitro Dupuy se apoya en dos motivos. En primer lugar, la existencia de una cláusula de derecho aplicable, que remite a los principios de derecho internacional y a los principios generales del derecho. De este modo, considera que el derecho libio sólo sería aplicable si estaba en conformidad con el derecho internacional. En el contrato, la cláusula estaría redactada de esta manera:

Cláusula 20 de los hechos de concesiones: “Esta concesión estará gobernada e interpretada de acuerdo con los principios de derecho de Libia en comunión con los principios de derecho internacional y, en ausencia de tales principios comunes, según y de acuerdo con los principios generales de derecho, incluyendo aquellos que hayan sido aplicados por los tribunales internacionales”¹³⁷

El segundo argumento se apoya en la propia naturaleza del contrato. Según Dupuy, el hecho de que se tratase de un acuerdo de desarrollo económico lo hacía más adecuado para el marco internacional debido a la magnitud del objeto del acuerdo, a su larga duración prevista y a la importancia de la inversión realizada por la parte extranjera. Asimismo y por esta razón, el contrato también contenía una cláusula de estabilización, que protegiese al inversor de incertidumbres legislativas y medidas gubernamentales que pudiesen conducir a la eliminación o rescisión del acuerdo¹³⁸. En opinión de Sornarajah, lo definitorio de la sentencia de Texaco es que en ella, el árbitro considera la ruptura del contrato por parte de Libia como una ilegalidad bajo el derecho internacional *per se*, un requisito imprescindible para apoyar la teoría de la internacionalización¹³⁹. Los otros dos casos de esta época relacionados con expropiaciones petrolíferas en Libia (casos de

¹³⁵ *Texaco Calasiatic Award*. 1979 ILM 1. para. 32. [Traducción propia].

¹³⁶ SORNARAJAH, M. op. cit. p. 32, párrafo citado, en 17 ILM 1, para. 66. “A este respecto” hace referencia a la obligatoriedad internacional de las obligaciones adquiridas por el Estado al firmar el contrato. [Traducción propia].

¹³⁷ Citado por MUCHLINSKI, Peter. op. cit. p. 494, nota al pie 9. [Traducción propia].

¹³⁸ Idem, p. 494.

¹³⁹ SORNARAJAH, M. op. cit. p. 21.

British Petroleum¹⁴⁰ y Liamco¹⁴¹) también suscribían los argumentos de la internacionalización. No obstante, los argumentos contra la parte libia asimilados en estos laudos derivan de otras causas. En el caso de BP, el árbitro no consideró que la ruptura del contrato fuera ilegal en sí misma, sino porque la consideró una acción injusta por parte del gobierno libio dirigida contra el Estados Unidos en represalia a su apoyo a Israel. Por su parte, el árbitro del caso Liamco sostuvo que el acto de nacionalización cometido por Libia fue legal y que conllevaba una indemnización justa.¹⁴²

Uno de los precedentes de la internacionalización de los contratos entre Estados y entidades privadas fue Verdross. En un artículo rodeado de controversia, el autor introdujo el término “acuerdos cuasi internacionales”. En su opinión, estos acuerdos de desarrollo¹⁴³ se basaban en un “orden legal independiente”, que no era ni el Derecho Internacional ni el interno de una de las partes. Dos argumentos apoyaban esta teoría: en primer lugar, que estos acuerdos derivaban su naturaleza del principio general *pacta sunt servanda* y, en segundo lugar, que un contrato no tiene necesariamente que estar basado en el orden legal de una comunidad pre-existente¹⁴⁴. Esta postura, no obstante, ha sido criticada desde distintos frentes, tanto por quienes se oponen a la internacionalización de los contratos de Estado, como Sornarajah¹⁴⁵, como por quienes defienden esta corriente, como Mann o el propio Ijayale. Este último alaba la 'lucidez' de la crítica realizada por Mann. Según éste, la idea de que las partes contratantes son libres “para crear su propio sistema legal” por encima de los ordenamientos jurídicos internacional e interno es una sugerencia “tan impracticable, tan subversiva al derecho internacional, tan peligrosa desde el punto de vista de la política legal y tan innecesaria, que su novedad no causará sorpresa”¹⁴⁶. A pesar de este rechazo, otros autores contemporáneos admiten el término de “contrato casi internacional” para definir este tipo de situaciones.¹⁴⁷

Una última teoría sobre el derecho aplicable a los contratos entre Estado y una parte privada

¹⁴⁰ Compañía British Petroleum contra el gobierno libio. Sentencia de 10 de octubre de 1973. (1977) 53 ILR

¹⁴¹ *Libyan American Oil Company v. The government of the Libyan Arab Republic*. 20 ILM 1 (1981)

¹⁴² SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*, op. cit. p. 21.

¹⁴³ En la época en que Verdross e Ijayale desarrollaban sus teorías, proliferaban los acuerdos de desarrollo, préstamos entre una entidad privada y un Estado importador de capital, en su mayoría auspiciados por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo. En la actualidad, las relaciones contractuales se han diversificado y, por ello, los autores contemporáneos refieren más a otras modalidades: acuerdos de concesión, acuerdos de inversiones etc.

¹⁴⁴ Verdross, “Protection of Private Property under Quasi-international Agreements”, p. 357. Citado en IJAYALE, D.A. op cit. p. 162.

¹⁴⁵ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. 13.

¹⁴⁶ MANN, F.A. “The proper Law of contracts concluded by International Persons”, p. 49, citado por IJAYALE, D.A. op cit. p. 163.

¹⁴⁷ CHENG, Bin, op. cit. p. 33.

extranjera es la del “derecho transnacional”, promovida por el jurista Philip Jessup¹⁴⁸. En palabras del autor, este marco jurídico incluiría “lo que conocemos como derecho internacional público y privado. No hay razón inherente por la cual un tribunal judicial, nacional o internacional, no pueda estar autorizado para elegir de entre todos estos cuerpos de derecho la norma considerada en mayor conformidad con la razón y justicia para la solución de una controversia particular”¹⁴⁹. Según interpreta el profesor Fatourus, este derecho sería capaz de gobernar situaciones en las que “ni el derecho interno ni el derecho público tradicional serían del todo apropiados”¹⁵⁰. Siguiendo esta premisa, este autor sugirió que el derecho internacional administrativo podría formar ramas separadas del derecho transnacional¹⁵¹, aunque, como Ijayale ha advertido, el propio Jessup nunca refirió a los acuerdos de concesión o desarrollo como parte de este marco jurídico. Por su parte, Sornarajah reconoce que la idea fue “atractiva”, pero que no se ha aprobado de manera satisfactoria la existencia de este sistema¹⁵².

Otras posturas no llegan a mostrarse a favor de uno u otro tipo de derecho aplicable a estos contratos. La profesora Fleur Johns, en un artículo donde aboga por la extensión de la personalidad jurídica internacional que incluya a las empresas transnacionales, repasa las diferentes posturas acerca del derecho aplicable. Como conclusión, afirma que “con independencia de la clasificación doctrinal que se haga del derecho aplicable a los contratos internacionalizados entre ETN-Estados, parece relativamente establecido que una quiebra de dicho contrato puede constituir una violación del derecho internacional y que el contrato puede, por lo demás, estar afectado por la aplicación de principios legales internacionales”. Como ejemplo, menciona que una porción importante de la jurisprudencia derivada del tribunal de demandas Irán-EEUU se basa en dicha asunción¹⁵³. En términos generales, podría decirse, como hace Portmann, que la determinación del derecho aplicable al contrato de Estado depende de la concepción de la personalidad legal internacional que se tenga. Así, desde la concepción del “actor”, el derecho internacional se impone en los contratos de Estado de manera automática, ya que tanto los Estados como las corporaciones pueden ser considerados actores efectivos en la escena internacional y, por tanto, sujetos a las normas internacionales. Desde esta posición, el derecho internacional puede ser impuesto incluso contra la

¹⁴⁸ JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. Citado por IJAYALE, D.A. op cit. p. 165 y por SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*, op. cit. p. 13.

¹⁴⁹ JESSUP, Philip. op. cit. p. 106. Citado por IJAYALE, D.A. op cit. p. 166.

¹⁵⁰ FATOUROS, A. A. “Government guarantees to foreign investors”, *The International Executive*. 1962, vol. 5. num. 1 p. 285. Citado por IJAYALE, D.A. op cit. p. 165.

¹⁵¹ FATOUROS, A. A. op. cit. p. 287, citado en IJAYALE, D.A. op cit. p. 166.

¹⁵² SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. 13.

¹⁵³ JOHNS, Fleur E. “The Invisibility of the Transnational Corporation” op. cit. p. 901.

elección del derecho nacional expresada por las partes. Tal fue la decisión, según recoge Portmann, del caso *Sandline International Inc. c. Papúa Nueva Guinea*¹⁵⁴. En cualquiera de las otras concepciones (y Portmann llega a nombrar un total de cinco¹⁵⁵) esta aplicación automática sería impensable. Por el contrario, considerando la falta de personalidad legal de la parte privada, el derecho aplicable *prima facie* es el nacional del Estado receptor. El derecho internacional será aplicable si confluyen alguna(s) de las siguientes circunstancias: si es elegido por las partes en la cláusula de derecho aplicable; si las controversias surgidas del contrato se refieren a un tribunal internacional de arbitraje autorizado por estatuto a usar el derecho internacional y, por último, si en caso de existir un BIT, éste incluye una cláusula paraguas. E incluso, si alguna de estas condiciones se da, la extensión con que se aplique el derecho internacional también dependerá de la noción de derecho internacional que se defienda.¹⁵⁶

2.2.2 Cláusula de arbitraje

Junto a la cláusula de elección del derecho aplicable, los defensores de la internacionalización de los contratos de Estado se han apoyado en la existencia de cláusulas de arbitraje y estabilización. Ya se ha observado cómo el laudo de Dupuy en el caso *Texaco* se sustenta, en gran medida, en estas dos cláusulas para apoyar que el derecho aplicable al acuerdo de concesión sería el derecho internacional. En efecto, ambas cláusulas permitirían de una manera u otra 'aislar' el contrato de la jurisdicción del Estado de acogida y garantizar una mayor protección para el inversor, como se verá en las líneas siguientes.

La cláusula de arbitraje contenida en los contratos de Estado ha sido considerada como una de las vías principales por las que una entidad privada obtiene el derecho de acudir ante un tribunal arbitral internacional de manera directa, lo que supone un cambio radical con el método tradicional de protección diplomática¹⁵⁷. En efecto, el contenido de estas cláusulas determinan que las diferencias que surjan del contrato serán sometidas a un tribunal de arbitraje neutro ubicado en un

¹⁵⁴ PORTMANN, R. op. cit. p. 27. El caso citado es el *Sandline Inter. v. Papua New Guinea*, (Interim Award, 1998), 117 ILR 552, que en su párrafo 10.1. afirma: 'un acuerdo entre una parte privada y un Estado es un contrato internacional, no nacional. Este Tribunal es un tribunal arbitral internacional, no doméstico y está obligado a aplicar las normas de derecho internacional' [traducción propia]. Portmann subraya que el tribunal decidió aplicar el derecho internacional pese a que las partes habían elegido el derecho inglés como el apropiado del contrato.

¹⁵⁵ Las cinco concepciones en torno a la personalidad en el derecho internacional que nombra son: 'sólo Estados', reconocimiento, individualista, formal y de actores. PORTMANN, R. op. cit.

¹⁵⁶ PORTMANN, R. op. cit. pp. 27- 28.

¹⁵⁷ DUMBERRY, Patrick: "L'entreprise sujet de droit international?: Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements". En: *Revue générale de droit international public* (2003), vol. 108, n° 1, p. 113.

tercer Estado (es decir, no en el Estado de acogida ni el de la parte inversora¹⁵⁸). La finalidad de esta provisión sería evitar que los tribunales nacionales del Estado receptor decidieran los casos de litigio en beneficio de una de las partes y en perjuicio del inversor. Por el contrario, una instancia internacional ubicada en un tercero y siguiendo normas internacionales sería, desde esta perspectiva, una garantía para los intereses de la entidad inversora.

Los defensores de la teoría de la internacionalización argumentan que muchas cláusulas de arbitraje hacen referencia al derecho internacional. Así por ejemplo, Charles Leben argumenta que no era infrecuente encontrar, en contratos de petróleo firmados entre 1987 y 1995, cláusulas arbitrales que hacen referencia al derecho nacional y a “aquellas reglas del derecho internacional que puedan ser aplicables, incluyendo reglas y principios según han sido aplicados por tribunales internacionales”¹⁵⁹. Como se mencionó arriba, el árbitro del asunto Texaco, Dupuy, se apoyaba en la referencia al derecho internacional en dicha cláusula para argumentar el carácter internacional del acuerdo de concesión y del derecho aplicable. En la actualidad, ha adquirido un creciente protagonismo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creada por el Convenio de Washington (1965)¹⁶⁰. Desde su creación, la casi totalidad de tratados bilaterales de inversión contienen cláusulas de arbitraje por los cuales, las partes firmantes (y mediante un procedimiento que se explicará más abajo) se comprometen a someter las diferencias que surjan del contrato a esta instancia de carácter internacional. Sin embargo, el Convenio de Washington entró en vigor en 1966 con la ratificación de apenas 20 países¹⁶¹. Antes de esta fecha y durante este periodo, ya se había firmado una cantidad considerable de contratos de Estado al margen de este Convenio y del CIADI. La preocupación por proteger los intereses de la parte inversora hizo que mucho antes de la aparición de esta institución, una parte de la doctrina se preguntara por mecanismos de arbitraje que se desarrollaran al margen de la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor.

De este modo, según recoge Ijayale¹⁶², en la década de los sesenta ya estaba gestándose un cuerpo de doctrina que consideraba el arbitraje internacional como la manera más “viable” de resolver este tipo de diferencias. Uno de los ejemplos que menciona es el de Earl Snyder. En un texto temprano

¹⁵⁸ SORNARAJAH, M. op. cit p. 16.

¹⁵⁹ LEBEN, Charles, op. cit. p. 303.

¹⁶⁰ Convenio sobre el Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 1965: 4 ILM 524

¹⁶¹ “Convenio CIADI, reglamento y reglas”. Documento elaborado por el World Bank, p. 5.

¹⁶² El profesor hace un recorrido por los estudios y las iniciativas encaminadas a llevar las diferencias relativas a los contratos de Estado a instancias internacionales. Ver IJAYALE, D.A. op. cit. pp. 168-173.

de 1962, este autor afirma que es inevitable que surjan controversias y diferencias entre las partes de un contrato de inversión, sin importar “qué método se adopte para facilitar el flujo de inversión privada hacia los países en desarrollo”¹⁶³. Por ello, y aceptando la premisa de que la inversión privada extranjera es positiva para el desarrollo de los países receptores, se pregunta por los beneficios de crear un mecanismo internacional de solución de controversias institucionalizado: “La certidumbre de que las diferencias relacionadas con la inversión extranjera serán resueltas de manera justa y expeditiva ¿no alentará la inversión extranjera en los países en desarrollo, por una parte, y por la otra, no alentaría a esos países a ser más considerados en su tratamiento con la inversión extranjera?”¹⁶⁴ Como respuesta, Snyder propone la creación de un sistema de tribunales arbitrales regionales, que esté institucionalizado (dotado de estructura permanente) y que cada tribunal se componga de tres jueces imparciales y de reconocido prestigio. Curiosamente, en muchos aspectos la solución planteada por este autor se acerca al desarrollo que los mecanismos de solución de diferencias han experimentado hasta la actualidad. En su repaso de las propuestas que se han realizado en torno al arbitraje internacional entre Estados y entidades privadas, Ijaya llega tan lejos como el siglo XIX para ubicar uno de los primeros momentos en que se planteó la necesidad de esta vía. Casi como un corolario de este proceso, la firma del Convenio de Washington y la creación del CIADI constituye, para el autor, un “paso importante hacia un sistema de solución de diferencias más inclusivo, y debería a largo plazo desengañar a aquellos escépticos que aún mantienen la creencia conservadora de que el Derecho Internacional es la reserva exclusiva de los Estados”¹⁶⁵.

Aunque el CIADI se ha convertido en el foro principal de solución de controversias entre un Estado y un inversor privado¹⁶⁶ (y, de hecho, es la única institución creada específicamente para este fin¹⁶⁷) no se trata de la única institución a la que acudir en caso de controversias relativas a inversiones extranjeras. Otras instituciones anteriores, aunque fueran creadas para el arbitraje comercial o el arreglo de diferencias entre Estados, no excluyen el arbitraje Estado-inversor¹⁶⁸. Asimismo, existen procesos de arbitraje internacional de inversiones que se desarrollan al margen de las instituciones, mediante tribunales creados *ad hoc*. Con objeto de desarrollar el análisis de manera más clara,

¹⁶³ SNYDER, Earl: “Foreign Investment Protection: Is Institutional Arbitration an Answer?” en *North Carolina Law Review*, 1961-1962. vol 40. pp 665-690 y p. 660.

¹⁶⁴ SNYDER, Earl, op. cit. pp. 666-667. También, en este sentido, DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. p. 221.

¹⁶⁵ IJAYALE, D.A. op. cit. p. 193.

¹⁶⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. p. 225.

¹⁶⁷ MUCHLINSKI, Peter. op. cit. p. 541.

¹⁶⁸ Para un análisis más detallado de las diferentes instituciones, ver DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph, op. cit. pp. 225-229; MUCHLINSKI, Peter. op. cit. pp 537-540; IJAYALE, D.A, op. cit. pp 175-182 y 191-192.

conviene explicar de manera breve (y reconociendo que ésta no es sede para desarrollar un estudio exhaustivo de esta materia) los diferentes procesos de arbitraje de inversiones y los tipos de vías por las cuales las diferencias se confían a éstos. Asimismo, en cada caso se hará referencia al derecho aplicable, según recoge la doctrina y la jurisprudencia.

a. Procesos no institucionalizados, tribunales *ad hoc*.

Cuando el proceso de arbitraje no está apoyado por ninguna institución particular, se habla entonces de arbitraje *ad hoc*. Este procedimiento depende de la iniciativa de las partes en controversia, que deben acordar el tipo de proceso, la selección de árbitros o conciliadores y las normas de derecho aplicable. Algunas instituciones, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), han desarrollado reglas estándar de arbitraje que pueden ser incorporadas al acuerdo de las partes. Muchlinski considera que las sucesivas normas creadas por este organismo pueden mejorar los arbitrajes internacionales *ad hoc*¹⁶⁹. Así por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de 1976 tiene como principal objetivo armonizar las normas usadas en el arbitraje comercial proveyendo un sistema generalmente aceptable de normas para su desarrollo. Por su parte, el Modelo de Derecho para el Arbitraje Comercial Internacional (de 1985), propone estándares procedimentales de arbitraje aceptados a nivel internacional para que los Estados puedan incorporarlos a sus sistemas jurídicos, dándoles el carácter de normas vinculantes. No obstante, el propio Muchlinski advierte que, a pesar de la importancia que las reglas de la CNUDMI tienen actualmente en el arbitraje internacional, éstas se desarrollan normalmente en el ámbito de diferencias entre partes privadas¹⁷⁰.

b. Procesos institucionalizados

A pesar de la importancia que ha adquirido el CIADI en el arbitraje internacional actual, no se trata del único mecanismo institucionalizado. No todos los Estados forman parte del Convenio de Washington¹⁷¹ y, de hecho, numerosos tratados bilaterales de inversiones que refieren al arbitraje internacional ofrecen elección entre el CIADI y otros procedimientos. Asimismo, algunas instituciones de arbitraje nacidas con anterioridad, aunque destinadas a procesos comerciales, aceptan y rigen en diferencias entre un Estado y un inversor, como es el caso de la Corte de

¹⁶⁹ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 539. En este mismo sentido, DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. pp. 227-228.

¹⁷⁰ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 540.

¹⁷¹ Según los últimos datos aportados por la CIADI, en la actualidad 147 Estados han ratificado el Convenio de Washington. Ver http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home

Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio o la Corte de Londres de Arbitraje Internacional

172.

Entre los mecanismos institucionalizados existentes, los más relevantes son:

b.1. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

Establecido en 1981 con la Declaración de Argelia, esta Corte ha tratado desde entonces asuntos de derecho internacional relacionados con inversión extranjera, tales como expropiación, responsabilidad estatal o procedimientos de arbitraje internacional. Según recoge la Declaración constituyente, el derecho aplicable en esta sede está formado por “las reglas del derecho y principios del derecho comercial e internacional como el Tribunal determine que es aplicable, tomando en consideración los usos relevantes del comercio, provisiones del contrato y el cambio de circunstancias”¹⁷³. La relevancia de este tribunal ha sido destacada por la doctrina, tanto por haber aceptado demandas de entidades privadas¹⁷⁴ como por su aportación al derecho internacional. Según Dolzer y Schreuer, “la jurisprudencia del tribunal ha hecho contribuciones valiosas a la clarificación y evolución del derecho internacional en general y del derecho de inversiones en particular”¹⁷⁵.

b.2. La Corte Permanente de Arbitraje

Desde su creación en 1899, se encuentra ubicada en la Haya. No se trata en sentido estricto de una “Corte” con carácter judicial, pues sólo facilita arbitraje, conciliación y recogida de datos. Las partes demandantes pueden ser Estados, entidades privadas u organismos internacionales. Su jurisdicción incluye controversias tanto bajo el derecho internacional público como privado. En cuanto al derecho aplicable, actualmente se basa en las Reglas de la CNUDMI¹⁷⁶.

b.3. La Corte de Arbitraje Internacional de La Cámara de Comercio Internacional

Según Dolzer y Schreuer, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es la mejor institución de

¹⁷² DOLZER, y SCHREUER, C. p. 225.

¹⁷³ *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of American and the Government of the Islamic Republic of Iran* (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981. Citado en Dolzer y Schreuer, p. 228.

¹⁷⁴ Aunque este tema será objeto de análisis en el próximo apartado, ver por ejemplo: JÄGERS, Nicola, “The legal status of the Multinational Corporations under international law”, en ADDO, Michael K.(de.) *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. La Haya: Kluwer Law International, 1999. p. 265, nota al pie 26. El autor matiza que este tribunal acepta demandas de corporaciones privadas bajo ciertas condiciones.

¹⁷⁵ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. pp. 228-229.

¹⁷⁶ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 229.

arbitraje internacional establecida hasta la fecha¹⁷⁷. De hecho, numerosos tratados internacionales de inversiones han recurrido, junto al CIADI, a las cláusulas de arbitraje de este organismo, que ha desarrollado procesos de arbitraje en las diferencias surgidas¹⁷⁸. Al igual que la Corte Permanente de Arbitraje, la “Corte” de la CCI tampoco tiene carácter judicial, sino que actúa como árbitro en los procesos de disputa. A este respecto, algunos autores han criticado que, siendo originalmente un foro de controversias entre comerciantes privados, tiene relativamente poca experiencia en las complejidades de los acuerdos de inversiones a largo plazo que implican un Estado como parte. Sin embargo, el uso de la Corte de Arbitraje de la CCI actualmente en controversias que implican un Estado o entidad estatal no es de ningún modo insignificante por lo que, como afirma Muchlinski, esta crítica no debe ser sobrevalorada.¹⁷⁹

b.4. El proceso de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Como se ha afirmado arriba, el CIADI es el organismo surgido del Convenio de Washington de 1965, cuya finalidad ha sido remediar una serie de problemas identificados entonces como obstáculos para la efectiva solución de diferencias entre los inversores y los Estados receptores. Algunas de estas dificultades mencionadas son la posibilidad de un juicio parcial por parte de los tribunales nacionales (del Estado de acogida), la escasa efectividad de la protección diplomática para proteger los derechos de los inversores o los problemas de los procesos de arbitraje *ad hoc*, tales como el no reconocimiento del laudo por parte de los tribunales nacionales o que aquel se halle determinado por el poder negociador de las partes¹⁸⁰. Desde su creación, el CIADI ha sido incorporado con creciente frecuencia en los contratos de inversión entre un Estado y una entidad privada¹⁸¹. Este hecho ha sido utilizado como argumento en pro de la personalidad jurídica internacional de las empresas transnacionales, por dos motivos. De un lado, porque este procedimiento introduce para este actor privado un *locus standi* ante instancias internacionales (de lo cual se hablará en el apartado siguiente). De otro lado, porque hace referencias al derecho internacional como el marco jurídico aplicable. A este respecto, el núcleo del análisis se encuentran en el famoso artículo 42(1) del Convenio de Washington. El artículo dice lo siguiente:

¹⁷⁷ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 227.

¹⁷⁸ Muchlinski cita varios casos de arbitraje, por ejemplo: *Southern Pacific Properties Limited vs The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company of Tourism and Hotels* 22 ILM 752 (1983); ver MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 539, nota al pie 28.

¹⁷⁹ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 539.

¹⁸⁰ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 559.

¹⁸¹ Así lo afirmaba el Secretario General del organismo en el informe anual de 1989. Ver ICSID, *Annual Report*, 1989, p. 4. Recogido en MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 557.

Art 42(1): El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Una parte de la doctrina, en general la favorable a la internacionalización de los contratos de Estado y a la subjetividad internacional de las empresas transnacionales, ha interpretado este artículo afirmando que implica una preeminencia del derecho internacional sobre el interno de los Estados. Tal conclusión se extrae de interpretar que la segunda frase del artículo (“...incluyendo aquellas normas del derecho internacional que pudieran ser aplicables”) puede autorizar al árbitro a desechar aquellas normas del derecho interno del Estado receptor que vayan en contra del derecho internacional¹⁸². Así lo expresa, por ejemplo, Antonio Parra, antiguo Secretario General del CIADI, quien llega a afirmar que los primeros tribunales *ad hoc* establecidos bajo la provisión de nulidad recogida en el artículo 52 de la Convención apoyaron la visión de que el derecho internacional tenía, bajo esta provisión, estas funciones suplementarias y correctivas en relación al Derecho nacional del Estado de acogida¹⁸³.

Para analizar el derecho aplicable a los procesos de arbitraje sin caer en equívocos, es pertinente discernir entre los diferentes contextos en los que aparecen cláusulas de arbitraje que refieren procesos como el CIADI u otros métodos de solución de controversias internacionales. En el caso del CIADI, para que esta institución tenga jurisdicción en un caso de disputa, tanto los dos Estados involucrados (el Estado receptor de la inversión y el Estado de cuya nacionalidad es la entidad inversora) como la entidad inversora deben haber ratificado la Convención y admitido la autoridad del CIADI respectivamente. De este modo, puede darse el caso de que un Estado receptor haya prestado consentimiento al CIADI pero no la entidad inversora (caso, por otra parte, extraño puesto que la Convención de Washington está diseñada para proteger los intereses de las inversiones internacionales). También puede suceder que la entidad inversora sí acepte dicha institución pero su

¹⁸² SCHREUER, Christoph; "Commentary on the ICSID Convention" en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, N° 2, Fall 1997, pp. 436, 453 y 477 y ss. Citado en Granato Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión* nota al pie 46.

¹⁸³ PARRA, Antonio. "Applicable Law in Investor-State Arbitration", artículo preparado para la Segunda Conferencia Anual sobre Arbitraje y Mediación Internacional (Panel de arbitraje inversor-Estado) Publicado en Rovine, Arthur (de.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers, 2008*. Leiden (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. Accesible on line en <http://www.arbitration-icca.org>. Para una reflexión similar del autor centrada en los tratados bilaterales de inversión, ver PARRA, Antonio: "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitration Initiated under Investment Treaties" *ICSID Review* no 1, 2001, p. 2. citado en PETERSON, Luke Eric; GRAY, Kevin R. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaty Arbitration*. Canadá: International Institute for Sustainable Development (IISD), 2005. p. 10 nota al pie 20.

Estado de origen no haya ratificado el Convenio (estas situaciones, como se verá abajo, han sido previstas y solventadas por el Consejo de Administración del CIADI). La parte privada inversora sólo puede, de manera efectiva, expresar su consentimiento a través de las cláusulas de arbitraje contenidas en los acuerdos de inversión (o en acuerdos de arbitraje anexos a la inversión, según convengan las partes). El Estado, por su parte, puede expresar su consentimiento al arbitraje internacional por medios diferentes. De este modo, se pueden distinguir en general cuatro tipos de medios en los que aparecen cláusulas de arbitraje o referencias al derecho aplicable, que son:

- I. Ratificación del Convenio de Washington.
- II. Inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión
- III. La legislación nacional relativa a inversiones extranjeras.
- IV. Referencia al derecho aplicable en las reglas de los mecanismos de arbitraje institucionalizados
- V. Inclusión de una cláusula de arbitraje en un tratado bilateral de inversión (BIT) o en un tratado multilateral.

I. Ratificación del Convenio de Washington:

Este documento sólo refiere, obviamente, al proceso de arbitraje ante el CIADI. Mediante la ratificación de la Convención de Washington, el Estado de acogida acepta que su potestad para conocer de controversias con inversores extranjeros queda sometida a la Convención y a las Normas promulgadas bajo su autoridad¹⁸⁴. Un requisito imprescindible para acudir ante jurisdicción del CIADI es que tanto el Estado involucrado como el Estado del que es nacional la entidad inversora sean parte del Convenio de Washington y hayan consentido someterse a la CIADI (ratificar el Convenio no equivale a haber admitido la jurisdicción del Centro¹⁸⁵).

No obstante, las Reglas Adicionales de Facilitación aprobadas en 1978 por el Consejo

¹⁸⁴ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 542.

¹⁸⁵ Así lo recoge el Preámbulo de la Convención de Washington, párrafo 7: “**Declarando** que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”. raducción extraída de “Convenio de CIADI, reglamento y reglas” del World Bank...p. 11.

Administrativo del CIADI permiten que el Centro acoja controversias relativas a inversiones en las cuales bien el Estado involucrado o el Estado nacional de la entidad privada no sean parte de la Convención¹⁸⁶. En estos casos hay algunas diferencias, como que no rige el Convenio de Washington, sino las Reglas Adicionales de 1978, y para la implementación de las sentencias se aplica la Convención de Nueva York, de 1958¹⁸⁷.

El argumento en apoyo de la internacionalización de los contratos de inversión basado en la existencia de una cláusula de arbitraje cobra sentido sólo si se admite que dicha cláusula refiere al derecho internacional directamente o que los procesos de arbitraje internacional hacen uso de este derecho en los casos de disputa. Por lo tanto, una vez se ha cumplido el requisito de consentimiento expreso al proceso del CIADI (tanto por parte del Estado como por parte de la entidad inversora) es preciso analizar el marco jurídico que se aplica en los casos de disputa. Se ha esbozado arriba cómo algunos autores plantean que el artículo 42(1) del Convenio de Washington implica una jerarquía de sistemas jurídicos que, en última instancia, sitúa al derecho internacional como preeminente. En este sentido, Muchlinski explica este artículo ubicando en la cima de la jerarquía el derecho escogido entre las partes, seguido del derecho nacional del Estado de acogida de la disputa y, finalmente, las normas de derecho internacional. No obstante, a diferencia de otros autores que han afirmado que el Estado de acogida deseará que su derecho interno fuera el aplicable (para tener un control sobre la disputa), Muchlinski no considera que esta situación ofrezca muchas ventajas para los intereses del Estado. La razón es que, según el autor, no parece adecuado afirmar que un tribunal internacional (como el CIADI) tenga tanta experiencia en el derecho del Estado de acogida como los propios tribunales de dicho Estado. Por lo tanto, pueden darse situaciones en que el tribunal falle en la aplicación de dicha ley, produciendo casos de nulidad en el laudo y retrasando la solución de la disputa. Esta cuestión hace surgir la duda sobre la idoneidad de un tribunal arbitral internacional, como el CIADI, para ser el encargado de interpretar y aplicar el derecho nacional de un Estado¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Art 2 de las Reglas Adicionales sostiene que el Centro es autorizado para administrar en situaciones de (b): procesos de arbitraje y conciliación para el arreglo de diferencias legales surgidas directamente de una inversión que no pertenecen a la jurisdicción del Centro porque bien el Estado parte en la disputa o el Estado cuyo nacional es parte en la disputa no son una parte contratante de la Convención.

¹⁸⁷ Convención para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958. Ver DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 225.

¹⁸⁸ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 549-550.

Por otra parte, en los casos en que las partes han acordado que el derecho aplicable sea el del Estado de acogida, Muchlinski se pregunta, al igual que el antiguo secretario general del CIADI, el juez Parra, si es labor del tribunal contrastar el derecho interno del Estado (el aplicable por decisión de las partes) con el derecho internacional. Como ejemplo, aporta el caso LETCO v. Liberia¹⁸⁹, donde el acuerdo de concesión expresamente determinó el derecho libio como el aplicable al contrato. El Tribunal se preguntó si, atendiendo al artículo 42(1) del Convenio, debía considerar el derecho libio por sí solo o en conjunción con las normas aplicables del derecho internacional. La respuesta dada fue que, aunque el derecho libio fuera supremo en su territorio, estaba sujeto a control por el derecho internacional. Aunque en este caso no había problemas al no existir contradicción entre los marcos jurídicos, de este caso se deduce, o así lo hace Muchlinski, que aunque el derecho escogido por las partes en disputa sea el interno de un Estado, el Tribunal lo someterá a contraste con el derecho internacional aplicable¹⁹⁰.

Desde un prisma lógico, es posible pensar que, si esto ocurre cuando el derecho de un Estado es expresamente escogido por las partes en disputa, qué no ocurrirá cuando éstas no se han puesto de acuerdo en el derecho aplicable y el Tribunal actúe según las normas del artículo 42(1). Cabe recordar que dicho artículo establece que el Tribunal aplicará, en este caso, el derecho nacional del Estado de acogida y el derecho internacional. Ahora bien, la relación entre ambos marcos legales ha sido objeto de discusión en sucesivos laudos. Como el profesor Parra indicó, en un primer momento se adjudicó al derecho internacional un papel “suplementario y correctivo”. La decisión del primer Comité *ad hoc* del asunto *Amco Asia Corp. v. Indonesia* afirmaba que la segunda frase del artículo 42(1) “autoriza a un Tribunal del CIADI a aplicar las reglas del derecho internacional sólo para completar *lacunae* en el derecho nacional aplicable y para asegurar normas de derecho internacional precedentes con las cuales el derecho nacional aplicable esté en colisión”¹⁹¹. Posteriormente se ha cuestionado que esta teoría refleje la realidad con precisión y se ha criticado que se otorgue un papel tan secundario

¹⁸⁹ 26 ILM 657 (1987).

¹⁹⁰ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 550.

¹⁹¹ *Amco Asia Corp. v. Indonesia* (Decision of Ad Hoc Committee May 16, 1986) 25 ILM 1943 (1986). Citado en PARRA, Antonio. “Applicable Law in Investor-State Arbitration” op. cit. p. 6 y también en MUCHLINSKI, P. op. cit. p.550-551. Ambos autores refieren también, en este sentido, el caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon* (Decision of Ad Hoc Committee May, 3 1985) y, por su parte, Parra añade *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic Of Liberia*, award of Mar. 31, 1986.

al derecho internacional¹⁹². De hecho, el Tribunal que estudió de nuevo el caso rechazó este uso restrictivo del artículo 42(1) afirmando que:

“El artículo 42(1) se refiere a la aplicación del derecho nacional y del derecho internacional. Si no hay normas del derecho nacional relevantes para una materia particular, se deberá realizar una búsqueda de las normas relevantes de Derecho Internacional. Y, cuando hay normas del derecho nacional aplicables, deben ser contrastadas con las del derecho internacional, que prevalecerá en caso de conflicto. Así, el derecho internacional es completamente aplicable y clasificar su papel como 'sólo' 'suplementario y correctivo' parece una distinción sin diferencia”¹⁹³

Según Muchlinski, aunque esta formulación puede sobrevalorar el papel del derecho internacional en detrimento de aquel del Estado de acogida, lo cierto es que el derecho internacional provee claramente una garantía al inversor extranjero frente a “operaciones injustas” del derecho nacional¹⁹⁴. De hecho, el autor llega a afirmar que “está claro que incluso cuando las partes acuerdan usar el derecho del Estado de acogida, la disputa será efectivamente internacionalizada en el sentido de que el estándar último de decisión será provisto por el derecho internacional. El aparente control del Estado de acogida sobre el derecho aplicable bajo el artículo 42(1) es, por tanto, bastante limitado substancialmente”¹⁹⁵. La relación “inseparable” entre el derecho nacional y el internacional ha sido defendida en varias sentencias. Dolzer y Schreuer aportan el caso *CMS v. Argentina*, relativo a una licencia de privatización de gas. Analizando las diferentes normas aplicables tanto del derecho interno como el internacional, el tribunal afirma que “todas estas reglas son inseparables y serán, en la extensión justificada, aplicadas por el Tribunal”. Esta relación de interconexión es tal que, para algunos autores, sólo en caso de conflicto entre marcos el Tribunal deberá hacer un análisis de ponderación. En este caso, al igual que Muchlinski apuntó arriba, Dolzer y Schreuer opinan que el derecho internacional anula al interno, porque el Estado no puede justificar el no cumplimiento de obligaciones internacionales en base a

¹⁹² DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 269-270.

¹⁹³ 89 ILR 580 para 40 p. 594, citado en MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 551.

¹⁹⁴ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 551.

¹⁹⁵ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 551.

provisiones, normas o carencias de su derecho interno¹⁹⁶. Esta perspectiva se apoya en el derecho de los tratados recogido en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 27 determina que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹⁹⁷.

II. Inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión

Al igual que ocurría con la cláusula de elección del derecho aplicable, los contratos suscritos entre un Estado y una entidad privada extranjera pueden contener provisiones que determinen el derecho aplicable en caso de que surja una disputa entre las partes. En algunos casos, las partes deciden de manera expresa el derecho aplicable. Algunos contratos refieren sólo al derecho del Estado de acogida o, en casos más extraños, el derecho de Estado nacional del inversor o de un tercer Estado (más frecuente en el caso de contratos de préstamos¹⁹⁸)

Según Muchlinski, hasta la fecha no hay un estudio que determine el número de contratos de Estado que incluyen una cláusula remitiendo las diferencias al arbitraje del CIADI. No obstante, como se apuntó arriba, el propio centro detectó ya en 1989 un aumento de este tipo de cláusulas que, según Dolzer y Schreuer, son comunes en la actualidad¹⁹⁹. No es casualidad que el propio organismo haya creado unas cláusulas modelo por las cuales se puede expresar sin ambigüedades el consentimiento de manera que responde a los requerimientos de consentimiento.²⁰⁰ En algunos casos, las operaciones de inversiones implican acuerdos complejos expresados en sucesivos contratos. Las cláusulas de arbitraje pueden aparecer recogidas en algunos de estos contratos pero no en todos, luego el problema surge cuando hay que determinar si el arbitraje se hace extensivo a la operación en su totalidad o si está confinado al acuerdo específico que contiene la cláusula. En general, los tribunales han tenido una visión

¹⁹⁶ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 270. Como ejemplo, aportan el caso de LGE v Argentina, Decision on Liability, 3 octubre 2006, párrafo 94. En nota al pie, menciona los casos de CDSE v Costa Rica, Award, 17 de febrero 2005, 5 ICSID Reports 153, en párrafos 64 y 65. También Duke Energy v. Peru, Decision on Jurisdiction, 1 febrero 2006, párrafo 162.

¹⁹⁷ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 551 nota al pie 102.

¹⁹⁸ Ver, por ejemplo: SPP v. Egypt, Award 20 May 1992, 3 ICSID Reports 189, en parafor 225. La elección del derecho inglés (de la parte inversora) en lugar del derecho egipcio resultó decisivo en la computación de intereses. Citado en DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 265.

¹⁹⁹ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 238.

²⁰⁰ ICSID, Model Clauses (Doc ICSID/5/Rev. 2 1992) ver MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 542 (y nota al pie 50); DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 239 nota al pie 106.

amplia de este tipo de consentimiento y se han entendido como aplicables a la inversión total. Así, en el asunto *Duke Energie v Peru*, el árbitro aplicó el principio de “unidad de inversión”, expresado en el asunto *CSOB v Slovakia*²⁰¹.

III. La legislación nacional relativa a inversiones extranjeras

Otra manera en la que el Estado receptor puede expresar su voluntad de someterse a un proceso de arbitraje internacional es incluyendo en su legislación una norma que lo exprese. Muchlinski señala dos tipos de normas en este sentido: por una parte, aquellas que contienen un consentimiento expreso y unilateral de referir las diferencias exclusivamente al CIADI. Ello equivale a una oferta unilateral del Estado que deberá ser aceptada por el inversor en un acuerdo de inversión u otras maneras²⁰². Un ejemplo de este caso es la ley albanesa de inversión extranjera de 1993, cuyo art. 8(2) dispone: “...el inversor extranjero puede someter la disputa a solución y la República de Albania por lo tanto consiente la sumisión del mismo al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones”²⁰³.

El otro tipo de normas son aquellas que contienen diferentes opciones de arbitraje, entre las cuales está el CIADI. En este caso, con objeto de cumplir los requisitos del Convenio de Washington, tanto el Estado como el inversor deberán aceptar la jurisdicción del CIADI en un acuerdo subsiguiente. Un ejemplo son los artículos 30 y 31 de la Ley No. 85-001 de 1985 de la República Democrática de Madagascar, que ofrecen medios alternativos de arreglo de diferencias entre el Gobierno e inversores extranjeros: (i) bajo las provisiones del derecho malgache, (ii) bajo la Convención de la CIADI y (iii) mediante las Reglas Adicionales del CIADI²⁰⁴. Este ejemplo ilustra el caso de una cláusula de arbitraje que hace referencia tanto a la legislación nacional como a una instancia internacional (que usará el derecho aplicable conforme a las reglas de arbitraje propias). De la lectura literal no se puede deducir una jerarquía en el derecho aplicable, que quedará a la decisión posterior de las partes en el contrato.

Aunque la inclusión de las cláusulas de este tipo en la legislación nacional indica una

²⁰¹ (24 mayo 1999, 5 ICSID Reports 335). Citado en DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 239-240.

²⁰² MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 558 DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p.

²⁰³ Citado en el caso *Tradex v. Albania*, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, 5 ICSID Reports, 47,54. En DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p 240.

²⁰⁴ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 558, nota al pie 163.

voluntad del Estado hacia varios procesos de arbitraje o, en concreto, hacia el CIADI, varios autores coinciden en que estas provisiones deben ser tratadas con cautela. Si respeta al arbitraje derivado del Convenio de Washington, la existencia de estas leyes no equivale al consentimiento requerido por este tratado y cada caso debe ser analizado con detalle para determinar el ámbito del consentimiento que, en su caso, se habría otorgado²⁰⁵.

IV. Referencia al derecho aplicable en las reglas de los mecanismos de arbitraje institucionalizados.

Junto con el Convenio de Washington, otras instituciones de arbitraje internacional contienen información sobre el derecho aplicable en la solución de diferencias²⁰⁶. Tanto la CNUDMI como la CCI recogen que el tribunal aplicará el derecho acordado entre las partes, aunque solucionan la ausencia de acuerdo de manera distinta. En el caso de la CNUDMI, el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje establece que:

“El Tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no han indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

Como en el arbitraje bajo el CIADI, la mayoría de los casos bajo el reglamento de la CNUDMI se resuelven con un uso combinado del derecho nacional e internacional. Por ejemplo, en el caso *Occidental v. Ecuador*, el tribunal enumeró una lista de fuentes de derecho tanto bajo el derecho interno del Estado como del internacional, entre ellas “las provisiones del contrato, la legislación ecuatoriana de impuestos, decisiones adoptadas por la Comunidad Andina, normas derivadas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), las provisiones contenidas en el tratado bilateral entre Ecuador y Estados Unidos o el derecho internacional²⁰⁷”.

Por su parte, la CCI recoge en su artículo 17(1) que:

“Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las

²⁰⁵ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 240; MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 558.

²⁰⁶ Ver DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. pp. 266-267.

²⁰⁷ *Occidental v. Ecuador*, Final Award, 1 julio 2004, párrafo 93. Citado en DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 271.

partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”.

En conclusión, ambos tribunales sí coinciden en que, en todos los casos, tendrán en cuenta “las estipulaciones del contrato” y “los usos comerciales pertinentes”²⁰⁸.

V. Inclusión de una cláusula de arbitraje en un tratado bilateral de inversión (BIT) o en un tratado multilateral.

Además de los mecanismos institucionales de arbitraje, los tratados internacionales de inversiones también incluyen provisiones relativas a la solución de controversias que contienen cláusulas de derecho aplicable. El Estado que firma estos tratados está, mediante la aceptación de estas provisiones, realizando a los futuros inversores una oferta de arbitraje que éstos pueden o no aceptar en el contrato de inversión. Si el inversor acepta dicha oferta de arbitraje está aceptando la cláusula de derecho aplicable contenida en el tratado de inversión y, por lo tanto, ésta pasa a formar parte del proceso de arbitraje previsto en el contrato. En palabras de Dolzer y Schreuer, de esta manera la cláusula de derecho aplicable recogida en el tratado internacional se convierte en el derecho aplicable acordado por las partes en el proceso de arbitraje²⁰⁹.

Las cláusulas de derecho de algunos de estos tratados refieren exclusivamente a derecho internacional. Es el caso del Capítulo 11 de la Sección B del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN), que dice:

“1131.1. Un Tribunal establecido bajo esta sección decidirá las diferencias de acuerdo con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.”

De manera similar, el Tratado de la Carta de Energía Europea contiene una provisión para el arreglo de diferencias entre inversor y Estado que establece:

Art 26.6: Un tribunal establecido bajo el párrafo (4) decidirá los asuntos de acuerdo con este Tratado y con las normas y principios aplicables de derecho internacional”

Por su parte, la gran mayoría de los BITs contienen cláusulas referidas a arbitraje de

²⁰⁸ Reglamento de CNUDMI art 33.3, Reglas de arbitraje de la CCI, art 17.2.

²⁰⁹ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 266.

inversiones²¹⁰. No obstante, el grado de vinculación de dichas cláusulas para el Estado varía. Hay BITs que contienen cláusulas inequívocas de consentimiento. Otras cláusulas dan una garantía de que el Estado prestará consentimiento en un futuro y otros, de manera más débil, proveen un acuerdo futuro entre el Estado y la entidad inversora para consentir el arbitraje. Por lo tanto, como en el caso de las cláusulas contenidas en la legislación nacional, estos casos deben ser tomados con cautela. Como advierte Muchlinski, los BITs son tratados entre Estados con lo cual, como mucho, esta cláusula equivale al consentimiento expreso unilateral del potencial Estado de acogida (que equivaldría a la ley del primer tipo descrita arriba). De nuevo, la jurisdicción de las instituciones de arbitraje depende de su aceptación por parte del inversor en una cláusula escrita en el acuerdo de inversión²¹¹.

En relación al derecho aplicable, una gran cantidad de BITs refieren en exclusiva al derecho internacional, incluyendo normas substantivas del tratado en sí mismo²¹². Otros tratados combinan el derecho nacional del Estado de acogida con derecho internacional. Una fórmula usada con frecuencia lista: (a) el derecho del Estado de acogida (b) el BIT en sí mismo junto con otros tratados (c) cualquier contrato relativo a la inversión y (d) derecho internacional general. Dolzer y Schreuer analizan el caso *Antoine Goetz v Burundi*²¹³, en el que el BIT entre Bélgica y Burundi contenía una provisión de derecho aplicable de este tipo. El tribunal halló que tenía que aplicar una combinación de derecho nacional y derecho internacional que mantenían una “relación complementaria”. Según argumentó, aunque el derecho burundés tenía que ser aplicado sin duda (al estar citado en primer lugar), también era obligatorio aplicar el derecho internacional, por dos motivos. En primer lugar porque, de acuerdo con los indicios proporcionados por los demandantes, el derecho burundés parece incorporar derecho internacional y convierte a éste, por lo tanto, en directamente aplicable. En segundo lugar, por las propias obligaciones que este Estado ha contraído bajo el derecho internacional al suscribir el Tratado de inversión.²¹⁴

²¹⁰ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 243-244.

²¹¹ MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 558

²¹² DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 267. cita, para más detalles, a E Gaillard y Y Banifatemi, “The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process” (2003) 181 ICSID Review-FILJ 375,377.

²¹³ *Antoine Goetz v Burundi*, Award 10 February 1999, 6 ICSID Reports 3.

²¹⁴ Citado en Dolzer y Schreuer, p. 267. El hilo argumental citado se encuentra en la sentencia *Antoine Goetz v Burundi*, cit. Párrafo 95.

La argumentación seguida por el árbitro deja ver con claridad el interés de las partes demandantes en que se aplicara el derecho internacional, pese a ser el derecho interno el citado con preferencia. De manera concisa, el motivo de este interés se halla en que la elección de un derecho u otro para analizar el caso determina con contundencia la valoración del mismo. El propio Tribunal aclara que, de analizarse las acciones del gobierno de Burundi a la luz de su derecho interno, éstas resultaban legales pero que, de hacerlo bajo las premisas del derecho internacional, tales acciones sólo serían legales previo pago de una indemnización adecuada y efectiva que no se había producido²¹⁵.

Con frecuencia, se da también el caso de que las cláusulas de arbitraje incluidas en los BITs comprendan diferentes procesos alternativos de arreglo de controversias. Estos tipos de provisiones pueden incluir procesos en cortes nacionales del Estado de acogida, procedimientos acordados por las partes, CIADI, ICC y arbitraje ad hoc bajo las reglas de la CNUDMI. El efecto de estas cláusulas depende de su redacción. De este modo, algunas cláusulas requieren un acuerdo posterior entre las partes en controversia para elegir el proceso concreto. Otras contienen el consentimiento de antemano del Estado para todos ellos, dando a la parte privada la elección del modo de arbitraje. Algunos BITs especifican que la elección del método (entre los que recoge) depende del inversor²¹⁶.

La conclusión general a la que llegan la mayoría de los autores analizados es que, en la mayoría de los casos el derecho sustantivo en un arbitraje de inversiones combina el derecho internacional y el del Estado de acogida. Esto es así hayan o no las partes decidido un derecho aplicable que combine ambos marcos jurídicos. En la mayoría de los casos, los tribunales, de facto, han aplicado ambos sistemas de derecho. Cuando ha habido contradicción entre ambos, el derecho internacional ha prevalecido sobre el otro.²¹⁷

2.2.3. Cláusula de estabilización

Otro argumento a favor de la internacionalización de los contratos de Estado es la inclusión en éstos de cláusulas de estabilización. Brownlie define a ésta como una cláusula contenida en un acuerdo

²¹⁵ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 268.

²¹⁶ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 242-243.

²¹⁷ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 271.

entre un Estado y una entidad extranjera por la cual el Estado parte se compromete a no anular el acuerdo ni a modificar sus términos, bien mediante la legislación o mediante medidas administrativas. El propio autor destaca el carácter controvertido de esta cláusula, que refleja la tensión entre la soberanía legislativa y el interés público del Estado parte, de un lado, y la viabilidad a largo plazo de la relación contractual, por el otro²¹⁸. En efecto, esta cláusula ha sido esgrimida por los defensores del carácter internacional de los contratos de Estado como un motivo de ilegalidad de las acciones estatales que la quiebran. Así lo argumenta Dupuy en el asunto Texaco contra Libia²¹⁹. El siguiente párrafo es ilustrativo:

“El Gobierno de Libia tomará todos los pasos necesarios para asegurar que la compañía goza de todos los derechos concedidos por la concesión. Los derechos contractuales expresados creados por dicha concesión no serán alterados excepto bajo el consentimiento mutuo de las partes”²²⁰.

Según recogen Dolzer y Schreuer, los tres contratos de concesión relativos a los asuntos Texaco, BP y Liamco contra Libia recogían la siguiente cláusula de estabilización:

Cláusula 16:

'1.El Gobierno libio, la Comisión (de Petróleo) y las autoridades competentes en las Provincias tomarán los pasos necesarios para asegurar que la Compañía disfruta de todos los derechos conferidos bajo esta concesión, y que los derechos contractuales expresamente previstos en esta concesión no serán infringidos excepto por acuerdo de las dos partes. 2. Esta concesión será interpretada durante el periodo de su efectividad de acuerdo con las provisiones del Derecho de Petróleo y las Regulaciones establecidas según la presente durante el tiempo de la concesión, y cualquier cambio o cancelación de estas Regulaciones no deberán aplicarse a los derechos contractuales de la Compañía excepto con su consentimiento²²¹

En el fallo de Texaco, como se apuntó arriba, el árbitro defiende que el hecho de que el contrato entre las partes en controversia fuera un acuerdo de desarrollo económico implica unas características, tales como la larga duración del mismo, que hace necesaria su sumisión al derecho

²¹⁸ BRONWILIE, Ian. op. cit. Nota 5. p. 526.

²¹⁹ *Íd.*

²²⁰ Texaco c. Libia, (1977) 53 ILR 389, párrafo 40. Citado en SORNARAJAH, M. op. cit. Nota 6 p.15

²²¹ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 75, nota al pie 12.

internacional. La cláusula de estabilización sirve en este caso para proteger al inversor de incertidumbres legislativas y medidas gubernamentales que pudiesen llevar a una abrogación o rescisión del contrato, pues tiene el efecto de remover todo o parte del acuerdo del derecho nacional, colocándolo bajo el derecho internacional. Este efecto se traduce, según argumentó Dupuy en la sentencia, en que la cláusula de estabilización puede limitar la soberanía estatal en relación a sus derechos sobre recursos naturales durante el periodo limitado de la concesión²²². De este modo, según Muchlinski, esta cláusula es una de las estrategias usadas por los países exportadores de capital para controlar la soberanía del Estado receptor o, en términos de Sornarajah, para 'aislar' el contrato de los cambios en el derecho interno del Estado de acogida y asegurar la inversión extranjera²²³.

El uso de cláusulas de estabilización es también visto con escepticismo. Si Dupuy afirmaba que supone un límite a la soberanía estatal en recursos naturales, desde la perspectiva contraria se puede afirmar lo inverso: que el principio de soberanía permanente de los recursos naturales invalida a esta cláusula en el ámbito del derecho internacional público²²⁴. Al igual que Brownlie, Sornarajah considera que estas cláusulas tienen efecto de coartar la actividad legislativa del Estado sólo cuando el contrato de inversión en que se incluye se eleva a categoría de tratado internacional. No obstante, si este fuera el caso, opina que la cláusula sería un exceso, ya que en el derecho internacional ya existe una prohibición para el el Estado de actuar en contra de un tratado. De ello el autor deduce que la inclusión de esta cláusula es en sí misma indicativa de la falta de confianza en la teoría de la internacionalización del contrato de Estado²²⁵ y sostiene que, de hecho, algunos autores han afirmado que es una muestra de que el derecho aplicable es el del Estado de acogida²²⁶. Para Dolzer y Schreuer, en la última década se ha producido un descenso en la confianza en esta cláusula, principalmente por deferencia a la soberanía del Estado de acogida²²⁷.

Otra cuestión apuntada con frecuencia es que, aunque se acepte que la validez de la cláusula, queda en entredicho que pueda ser asimilada con carácter absoluto, es decir, que no haya condición alguna que mate la obligación del Estado a responder a sus obligaciones contractuales en todas y cada una de las circunstancias. A este respecto, la jurisprudencia arbitral no ha sido homogénea. Mientras

²²² MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 494 y 496. Cita el fallo *Texaco c. Libia*, 17 ILM 1321 (1978) en párrafos 45 y 71-77.

²²³ SORNARAJAH, M. op. cit. Nota 6 p. 11.

²²⁴ BROWNLEE, Ian. op. cit. Nota 5. p. 526. Sobre el principio de soberanía permanente en recursos naturales se hablará en el siguiente apartado.

²²⁵ SORNARAJAH, M. op. cit. Nota 6 p.15

²²⁶ *Íd.* y nota al pie 41.

²²⁷ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 75

que la sentencia del asunto Texaco sí consideraba la validez absoluta de la cláusula en base al principio *pacta sunt servanda*²²⁸ (un principio básico del derecho internacional) el posterior laudo del asunto Liamco no se pronuncia del mismo modo. En este, el árbitro sostuvo que la cláusula de estabilización no afectaría el derecho soberano de expropiar un contrato, que la violación de un contrato no es ilegal bajo el derecho internacional y que la *restitutio in integrum* llevaría a una interferencia intolerable con la soberanía del Estado de acogida.²²⁹ Al igual que Dolzer y Schreuer, Muchlinski y Brownlie interpretan esta sentencia en el sentido de que el principio de *pacta sunt servanda* queda matizado por el derecho de los Estados a nacionalizar propiedades por razones de utilidad pública y siempre sujeto a obligaciones de compensación equitativa²³⁰. De manera similar, la posterior sentencia Aminoil v. Kuwait analizaba la cláusula de estabilización contenida en el acuerdo de concesión. Según recoge Dolzer y Shreuer, el tribunal decide que no se debería presuponer que una cláusula típica de estabilización implica que el Estado pierde el derecho de expropiar un contrato durante un periodo de 60 años, de lo cual concluye que el efecto principal de la cláusula de Estado estaría en el cálculo del monto de la compensación²³¹.

2.3. Argumentos en contra del carácter internacional de los contratos de Estado

2.3.1. Argumento histórico – ideológico: cuestionamiento del origen de la teoría en su contexto histórico e ideológico.

Una parte de la corriente opuesta a la internacionalización de los contratos de Estado ha sostenido que esta teoría, más que una consecuencia lógica derivada de hechos jurídicos concretos, es una construcción teórica elaborada con la finalidad de reducir la soberanía normativa del Estado receptor de capital para, en última instancia, facilitar el flujo de inversiones internacionales²³².

²²⁸ DOLZER, R. y SCHREUER, C. op. cit. p. 76.

²²⁹ *Íd.*

²³⁰ MUCHLINSKI, P. op. cit. p.496, BRONWLIE, Ian. op. cit. Nota 5. p. 526.

²³¹ Aminoil c. Kuwait, 1982, 21 ILM, 976, 1020, para 88. Citado en Dolzer y Shreuer, p 76,

²³² Algunos de los autores que han hecho hincapié en esta tesis son RIGAUX, François “Transnational Corporations”, op. cit. SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit.; o MUCHLINSKI, p. op. cit. Para entender este argumento que aquí se ha calificado de ideológico puede ser de utilidad comprender la confrontación entre la teoría clásica de la inversión extranjera y la teoría de la dependencia. Para la primera, la inversión extranjera es un elemento positivo para el desarrollo de los países importadores (normalmente, países en desarrollo), mientras que la segunda considera que, siendo los inversores extranjeros corporaciones multinacionales asentadas en países desarrollados, el instrumento de inversión internacional contribuye a mantener la posición dominante de los países desarrollados, en perjuicio de los países receptores. SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign*

Según esta visión, la apelación al derecho internacional como el aplicable a este tipo de transacciones sería uno de los pasos integrados en una estrategia más amplia, encaminada a aislar de la jurisdicción nacional del Estado de acogida tanto el contenido del contrato como los mecanismos de solución de diferencias. El origen de la elaboración de esta estrategia estaría en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, coincidiendo con los procesos descolonizadores que culminaron con la independencia de antiguas colonias, Estados ricos en materias primas. Sornarajah (que en su obra de 1978 mantiene una postura muy crítica respecto a la teoría de la internacionalización y los procesos de arbitraje internacionales) analiza esta primera etapa. Explica que “con el fin del colonialismo, las fuentes de materias primas preparadas para alimentar las industrias en Europa y Estados Unidos habían desaparecido. Surgió la necesidad de asegurar la continuidad del suministro. La técnica para ello se encontró en asegurar que los Estados que establecían contratos para el suministro de tales recursos durante un periodo de tiempo no pudieran retirarse de sus obligaciones tan fácilmente”²³³. Durante la época anterior al surgimiento de esta doctrina, algunas sentencias arbitrales habían defendido que el derecho aplicable a los contratos de inversiones era el del Estado de acogida. Es el caso de la ya mencionada sentencia en el asunto *Serbian Loans*, en 1929²³⁴. Otras sentencias, como la relativa al asunto *Aramco*²³⁵ o al asunto *Anglo-Iranian Oil Company*²³⁶, además de un informe de la Liga de Naciones²³⁷ relativo a los contratos de préstamos, se posicionan en el mismo sentido, construyendo una línea de autoridad fuerte. Como expresa Sornarajah, este marco jurisprudencial no daba muchas garantías a los inversores pues, al ser la legislación nacional la aplicable a los contratos, cualquier cambio que afectara a éste quedaba a la voluntad legislativa de los Gobiernos. Mientras los Estados poseedores de materias primas estaban bajo dominación colonial, esta situación no era motivo de preocupación, situación de cambió con los procesos de independencia²³⁸. Así las cosas, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial comenzó a gestarse la teoría del 'contrato de Estado' que, según explica Rigaux, perseguía el objetivo de mantener la relación entre las dos partes al margen de la jurisdicción territorial del Estado contratante²³⁹. Los

Investment op. cit. pp. 50-59.

²³³ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 10.

²³⁴ 1929, PCIJ Rep. Series A., No. 20; p. 41. Citado por SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 12.

²³⁵ (1963) 27 ILR 117, at p. 165, aunque, según el autor, en la p. 172 el dictum es contradicho. Citado por SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 12.

²³⁶ El juez rechazó el argumento de RU de que el acuerdo de concesión entre la compañía petrolífera británica e Irán estaba gobernado por el derecho internacional. (1952) ICJ Rpts. 93.

²³⁷ Report of the Committee of the League of Nations Studying Loan Contracts, League of Nations Publication, Economic and Financial, 1939 (Doc C 145 1939 11.A) p. 21 Citado por SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 11.

²³⁸ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 12.

²³⁹ RIGAUX, François, “Transnational Corporations”, op. cit. p. 125.

pasos que integran la construcción de esta teoría difieren ligeramente según el autor consultado, pero todos coinciden en que el punto de partida es la “internacionalización” del contrato, es decir, que éste sea elevado a la categoría de tratado internacional (o, al menos, a una posición cercana a éste), mediante la apelación del derecho internacional como el marco jurídico aplicable²⁴⁰.

Además de aportar un contexto histórico al origen de la teoría de la internacionalización de los contratos de Estado o del arbitraje de inversiones internacionales, lo relevante de este punto es intentar llegar a deducir si dicha teoría surge como consecuencia lógica de una serie de hechos jurídicos y fácticos concretos o si, como parecen sugerir los autores mencionados, lo que precede es una necesidad (proteger los intereses de las entidades inversoras y los países exportadores de capital) y a partir de ésta, se han buscado argumentos jurídicos para sostener una teoría que pueda responder a dichos intereses. Para dar respuesta a esta pregunta, los autores analizan los argumentos contenidos en la teoría de la internacionalización y aportan su visión sobre los mismos.

2.3.2. Los contratos de Estado están sometidos a un ordenamiento interno

Esta postura pone en duda la existencia de la cláusula de derecho aplicable como argumento de la internacionalización del contrato. En esencia, se defiende que, técnicamente, un contrato de inversión realizado entre una parte extranjera y un Estado o entidad estatal tiene sus bases legales en el derecho del Estado de acogida y, por lo tanto, su validez legal deriva de esta base y el derecho aplicable será el del Estado en cuestión²⁴¹. Sornarajah aporta dos motivos para esta afirmación. En primer lugar, que la entidad extranjera acudió al Estado de acogida para involucrarse en una transacción y, como cualquier extranjero, está sujeto a las leyes de dicho Estado. Si se tratara de un Estado desarrollado, opina el autor, esta afirmación no se pondría en duda, por lo que no hay razón para que ocurra lo contrario siendo el Estado receptor, en su mayoría, un país en desarrollo. En segundo lugar, que en el momento de realizarse el contrato, la entidad extranjera no es un sujeto de derecho internacional y, por lo tanto, el derecho aplicable al contrato debe ser un sistema jurídico interno. En este caso, lo lógico es que se aplique el ordenamiento del Estado de acogida, ya que es el lugar donde se firma el contrato y donde se va a ejecutar (y porque, además, sería improbable que el Estado parte accediese a someterse al derecho interno de otro Estado para una inversión que se

²⁴⁰ *Íd.*; SORNARAJAH, M. op. cit. p. 11; MUCHLINSKI, p. op. cit. pp. 493-496.

²⁴¹ SORNARAJAH, M. op. cit. p. 11; De manera similar, RIGAUX, François “Transnational Corporations”, op. cit. p. 129; MUCHLINSKI, p. op. cit. p. 493; ASANTE, Samuel K.B. “International Law and Investments”, en BEDJAOUI, Mohammed. *International Law, Achievements and Prospects*. op. cit. p. 677; ABI-SAAB, Georges. “Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities”, en BEDJAOUI, Mohammed (de.) *International Law, Achievements and Prospects*. París: UNESCO, 1991, p. 606.

realizará en su territorio)²⁴². Bronwlie también se pronuncia en este sentido y afirma, incluso, que “los gobiernos inversores no están, sin embargo, comprometidos con la idea de que los acuerdos de concesión que implican estados receptores y entidades extranjeras sean 'acuerdos internacionales' y no contratos de derecho privado”²⁴³. Analizando el asunto *Anglo-Iranian Oil Co. contra Iran*, el autor argumenta que, cuando se erige una demanda por una quiebra de contrato entre un Gobierno y una entidad extranjera, el asunto será decidido de acuerdo con las normas aplicables de derecho interno, designado por las normas de derecho internacional privado. En caso de que las partes hayan decidido expresamente elegir un marco jurídico diferente (como “principios generales de derecho” o derecho internacional público) ello no significa que el contrato se halle internacionalizado, dado que un contrato de Estado no es un tratado y no puede implicar responsabilidad estatal como una obligación internacional²⁴⁴.

En esta misma línea, Malanczuk afirma que, precisamente, es la falta de capacidad de participación directa en el proceso internacional de creación normativa lo que hace que las empresas transnacionales aún no tengan reconocida la “personalidad internacional plena”. Bien es cierto que este autor no rechaza que estas entidades tengan algún grado de personalidad internacional sino que, al igual que los individuos, considera que tienen este estatus en grado limitado, restringido. Se trata además de una personalidad derivada, en tanto que sólo puede ser conferida por Estados mediante la firma de acuerdos contractuales con aquellas. Por lo tanto, y he aquí el matiz importante que introduce el autor, “cuando algunos Estados dicen que los individuos son sujetos de derecho internacional, y cuando otros Estados discrepan, ambas partes pueden estar en lo correcto. [] Lo mismo es cierto para las empresas multinacionales”²⁴⁵. El texto de Malanczuk parece transmitir que si un Estado del primer grupo confiere derechos de ámbito internacional a las empresas transnacionales, entonces éstas son sujetos de derecho internacional en lo que a éstos Estados concierne. En cambio, los Estados del segundo grupo pueden evitar que las mismas corporaciones adquieran derechos de ámbito internacional en sus relaciones y, por lo tanto, no estar afectadas por la personalidad internacional adquirida de la primera relación. Al margen de esta posibilidad abierta, en opinión del autor la situación actual es de un rechazo por parte de los Estados a reconocer a entidades como sujetos propios de derecho internacional, ni siquiera a aquellas corporaciones que han demostrado tener una capacidad y presencia en la esfera internacional

²⁴² SORNARAJAH, M. op. cit. p. 11.

²⁴³ BRONWOLIE, I. op. cit. p. 521. En esta cita el autor remite también a las pp. 522-526 para profundizar en el tema.

²⁴⁴ *Ibid.* p. 525.

²⁴⁵ MALANCZUK, P. “Multinational Enterprises and Treaty Making”. En GOWLLAND-DEBBAS, V (ed.) *Multilateral Treaty-Making*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. pp. 55-56.

mayor, incluso, en algunos casos que los Estados. Lo afirma con claridad: “Los Estados prefieren mantener control sobre estas corporaciones más que aceptarlas sobre una base de equidad”²⁴⁶ De este modo, las empresas multinacionales no tiene un papel formal en la firma de tratados bilaterales o multilaterales bajo el derecho internacional público, que está reservado para los sujetos de derecho internacional. No obstante, el autor admite que esta máxima ha sido discutida en el caso de los llamados “contratos internacionalizados” o “contratos de Estado”. Reconoce que estos tipos de transacciones, especialmente frecuentes en el terreno de las concesiones petrolíferas o los acuerdos de desarrollo económicos, contienen cláusulas que refuerzan su carácter internacional, tales como las ya mencionadas cláusulas de derecho aplicable, de estabilización o de arbitraje²⁴⁷.

A partir de estos elementos, en la literatura (principalmente occidental, según Malanczuk) se han desarrollado varios intentos de lograr una clasificación adecuada de estos contratos internacionalizados, aunque sin llegar a un consenso. De este modo, por una parte, los defensores de que la parte privada en estas transacciones se convierten en un sujeto de derecho internacional limitado esgrimen que tales acuerdos abarcan materias de funciones estatales (como la transferencia a la compañía extranjera de tareas del Estado, excenciones legales, atribución de inmunidades y privilegios similares a los diplomáticos). Por lo tanto, se le están otorgando a la empresa derechos y deberes internacionales. No obstante, Malanczuk no se posiciona en este lado de la polémica. Opina que como máximo, se podría admitir que aunque el contrato esté sujeto al derecho nacional del Estado de acogida, se podría aplicar el derecho internacional según la voluntad de las partes, si bien precisa que esta misma referencia (parte del contrato) puede ser alterada de manera unilateral por el Estado de acogida²⁴⁸. Una de las principales razones por las que el autor llega a esta conclusión es que considera que el sólo consentimiento de un Estado no puede elevar a su socio privado a la categoría de sujeto de derecho internacional (aunque sea parcial). La doctrina del contrato internacional parece obviar este hecho porque, según Malanczuk, dicha doctrina descansa sobre una analogía con la personalidad legal internacional derivada que ostentan las organizaciones internacionales, e intenta aplicar este mismo concepto a las corporaciones multinacionales. La deficiencia de esta relación de semejanza reside, según el autor, en que las organizaciones internacionales adquieren su personalidad internacional a partir de los tratados internacionales que las constituyen y que son consentidos por una serie de Estados contratantes. Es entre estas partes donde las organizaciones internacionales tienen estatus jurídico internacional y no ante los Estados

²⁴⁶ *Ibid.* p. 57.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *YearBook of World Affairs*, (London), Vol 18 1964 p. 60.

que no se obligan por dicho instrumento. El reconocimiento del Tratado por un tercer Estado sólo extenderá la personalidad jurídica internacional de la organización internacional en cuestión ante este Estado y no ante otros.²⁴⁹ Por lo tanto, “no es concebible” que un Estado parte de un contrato con una empresa privada extranjera eleve a esta entidad a la categoría de sujeto de derecho internacional con efecto *erga omnes*, pues esto afectaría los derechos del Estado nacional de la ETN y de otros Estados²⁵⁰.

2.3.3. No hay una norma consuetudinaria en proceso de formación.

Otro de los argumentos esgrimidos por los detractores de la doctrina del contrato internacional es que no se dan los elementos constitutivos para que, en su caso, se creara una norma de costumbre internacional. Una vez más, Malanczuk asegura que no existe el elemento objetivo de la práctica estatal y mucho menos, el elemento subjetivo de la *opinio iuris*²⁵¹. A este respecto, Sornarajah se adelanta a quienes puedan apostar por decisiones arbitrales como la del asunto *Texaco c. Libia* como *opinio iuris* que pudiera ser fuente de derecho internacional. El autor rechaza la validez creadora de derecho de estas sentencias y argumenta que el mero hecho de que una proposición sea repetida por autores “de la eminencia que sea”²⁵² y por árbitros individuales en sentencias no impugnadas no las convierte en normas de derecho internacional. Añade que si incluso las sentencias de la Corte Internacional de Justicia son fuentes subsidiarias de derecho internacional, menos valor tendrán los laudos de estas instancias de arbitraje²⁵³. Más aún, si rechaza la existencia del elemento subjetivo a favor de esta doctrina, defiende que los Estados han mostrado actitudes y opiniones que podrían indicar una práctica estatal en sentido contrario. Como ejemplo, menciona que muchos Estados se han negado a participar en arbitrajes después de haber rescindido su contrato y que han defendido que la nacionalización fue un asunto de soberanía interna. Tales actitudes y opiniones, esgrime el autor, son “tan válidas” como las opiniones de los árbitros²⁵⁴.

2.3.4. Principio de jurisdicción territorial

La doctrina del contrato internacional ha encontrado rechazo en países en vías desarrollo (que son los que, con carácter general, reciben las inversiones extranjeras de entidades provenientes de

²⁴⁹ MALANCZUK, P. op. cit. p. 60.

²⁵⁰ *Ibid.* p. 62.

²⁵¹ *Ibid.* p. 60.

²⁵² SORNARAJAH, M. op. cit. p. 14-15.

²⁵³ *Ibid.* p. 22.

²⁵⁴ SORNARAJAH, M. op. cit. p. 22.

países desarrollados). Entre los argumentos que se esgrimen desde este lado destacan el principio de jurisdicción territorial y el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales. Siendo el primero de ellos un principio fuertemente enraizado en el derecho internacional tradicional y el segundo, un principio cuyas implicaciones se han estudiado con carácter más reciente, la cuestión es que se entiende que ambos tienen efectos sobre las relaciones contractuales de las empresas transnacionales con los Estados de acogida²⁵⁵.

Ya se había anotado que había cláusulas, como la de estabilización, que suponía una tensión entre la soberanía legislativa del Estado parte y los intereses de la parte inversora²⁵⁶. En general, la doctrina de la internacionalización de los contratos de Estado supone una limitación en la soberanía estatal sobre su territorio, su legislación y sus recursos naturales. Por lo tanto, los detractores de esta teoría se erigen en defensa de dicha soberanía estatal, considerada un elemento esencial en la configuración del derecho internacional público. En términos clásicos, la soberanía constituye la base del derecho internacional clásico y uno de sus principales corolarios es la jurisdicción, *prima facie* exclusiva, sobre un territorio y la población permanente (aunque ésta se halla, por supuesto, limitada por el tercer corolario, que es la dependencia de obligaciones derivadas del derecho internacional)²⁵⁷. La soberanía territorial está, de hecho, estrechamente ligada al estatus de los Estados como sujetos de derecho internacional. Como afirma Brownlie, “el territorio estatal, junto al gobierno y la población con sus fronteras, comprende las manifestaciones físicas y sociales del primer tipo de persona jurídica internacional, el Estado”²⁵⁸. Este autor analiza las diferencias entre los términos 'soberanía' y 'jurisdicción' y los vincula al concepto de la personalidad legal de los Estados. Así, afirma que el primer término describe el “competencia legal de los Estados”, es decir, sería como la “taquigrafía para la personalidad legal de un cierto tipo, el de la condición de Estado” (o *Statehood*). Por su parte, la 'jurisdicción' refiere a derechos particulares o aspectos particulares de esa personalidad legal²⁵⁹. En concreto, Brownlie la describe como un aspecto de la soberanía que refiere a la competencia judicial, legislativa y administrativa²⁶⁰. En el análisis de la jurisdicción, para este autor, el punto de partida es que tiene un carácter, en principio, es territorial, aunque haya sido matizada a la luz de la experiencia y, por ejemplo, falle en dar solución a algunos conflictos jurisdiccionales modernos²⁶¹.

²⁵⁵ RIGAUX, François, “Transnational Corporations”, op. cit. p. 125.

²⁵⁶ BROWNIE, I. op. cit. p. 526.

²⁵⁷ *Ibid.* p. 287.

²⁵⁸ *Ibid.* p. 105.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 106.

²⁶⁰ *Ibid.* p. 297.

²⁶¹ *Ibid.* p. 297.

Una cuestión derivada de la competencia jurisdiccional es el concepto de *domaine réservé* de la jurisdicción interna de los Estados. En términos generales, se afirma que los asuntos de la competencia de los Estados bajo el derecho internacional pertenecen a este *domaine réservé*. Una consecuencia lógica es que en este ámbito exclusivo la jurisdicción estatal no está limitada por normas internacionales, cualquier acción que el Gobierno legítimo desarrolle a este respecto pertenece a su competencia soberana. No obstante, Brownlie advierte que el concepto de *domaine réservé* es de alguna manera relativo. El derecho internacional puede imponer restricciones a la competencia territorial interna de los Estados (caso ejemplar es el derecho internacional de los derechos humanos, que estuvo en los inicios del cuestionamiento de la intocable soberanía interna estatal²⁶²). Asimismo, en estas circunstancias, un Estado no puede alegar provisiones de su propio derecho o deficiencias en este derecho para justificar la violación de sus obligaciones bajo el derecho internacional²⁶³. Ésta es una de las cuestiones que envuelve la polémica sobre el carácter de los contratos de Estado. Según la teoría del contrato internacional, las provisiones contenidas en estos contratos adquieren el rango de normas internacionales (o casi internacionales) y, por lo tanto, su cumplimiento está por encima de la soberanía estatal sobre su territorio. Desde la posición contraria, los contratos de Estado están regidos por el derecho interno o el derecho internacional privado y, por lo tanto, las acciones legislativas o administrativas que el Estado realice en el ejercicio de su soberanía no constituyen vulneración alguna del derecho internacional. Los defensores de la jurisdicción interna consideran que las controversias que puedan surgir entre las partes del contrato (Estado e inversor) deben ser solucionadas en las instancias locales y mediante las normas de la jurisdicción estatal.

De este modo, uno de los ejemplos en los que el principio de jurisdicción territorial está implícito es la Cláusula Calvo. Basada en la Doctrina Calvo, (que toma el nombre de su creador, el jurista argentino Carlos Calvo) y extendida en América Latina, esta cláusula contenida en un contrato de inversión implica que el inversor extranjero acuerda no buscar protección diplomática de su propio Estado y someter los asuntos que deriven del contrato a la jurisdicción local²⁶⁴. De esta manera, se elimina la jurisdicción de los tribunales internacionales de la solución de controversias y se garantiza que el derecho aplicable al proceso sea el del Estado de acogida. Esta cláusula dejaría sin

²⁶² El desarrollo internacional de los derechos humanos ha posibilitado “la superación del viejo principio de la competencia exclusiva del Estado”. DÍEZ DE VELASCO, M. op. cit. p. 650.

²⁶³ BRONWILIE, I. op. cit. pp. 290-291. La no alegación del derecho interno para justificar violación de obligaciones internacionales está prevista en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y especialmente 27. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), de 23 de mayo de 1969.

²⁶⁴ BRONWILIE, I. op. cit. p. 521.

efecto la cláusula de arbitraje que refiriese al derecho internacional y refuerza la jurisdicción territorial del Estado receptor. Según recoge Sornarajah, la universalización de la cláusula Calvo ha sido utilizada para rechazar la jurisdicción de los tribunales de arbitraje internacionales (tales como el CIADI)²⁶⁵, pero en su origen no tenía una ambición tan amplia. De modo más específico, surgió en el contexto de relaciones entre Estados Unidos y los Estados latinoamericanos, cuando éstos observaron que aquel mostraba gran disposición a implicarse en las diferencias entre las corporaciones de su nacionalidad y los Gobiernos latinoamericanos, a través del ejercicio de la protección diplomática. Esta cláusula se creó, entonces, para asegurar el control nacional sobre las inversiones que entraban en el territorio y rechazar, en última instancia, cualquier arbitraje internacional, que quedaba sometido a normas y tribunales locales. Según Sornarajah, hubo varios intentos de reducir el alcance de esta cláusula esgrimiendo razones que, siempre en opinión del autor, llegan incluso a contradecir la doctrina del contrato internacional que los mismos detractores de la cláusula Calvo defienden. La paradoja surgiría de argumentar que el derecho de protección diplomática pertenece a los Estados y que, por lo tanto, las empresas no pueden renunciar a él puesto que ellas no son las titulares. Es contradictorio, según el autor, que desde esta misma posición se considere a las corporaciones sujetos de derecho internacional por su capacidad para firmar contratos internacionalizados y, sin embargo, no se las considere independientes para, en el ejercicio de estos contratos, rechazar el derecho a protección diplomática y elegir libremente someterse a la jurisdicción local del Estado parte²⁶⁶. A pesar de estos esfuerzos, la cláusula Calvo ha permanecido vigente en Latinoamérica y ha sido aceptada por Estados en vías de desarrollo para reafirmar su derecho a la autodeterminación económica. Es más, su universalización ha sido esgrimida por los opositores del arbitraje internacional para rechazar estos procesos, en especial en el sector de los recursos naturales, donde cobran fuerza doctrinas como la del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales²⁶⁷.

2.3.5. Principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y la actividad económica.

a. Contenido e historia.

Para algunos autores, este principio se ha erigido como frente importante contra la teoría del

²⁶⁵ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* . op. cit. p. 40.

²⁶⁶ *Ibid.* p.31

²⁶⁷ *Ibid.* p. 40-41.

contrato internacional en el mismo ámbito donde ésta se desarrolló, el de los recursos naturales²⁶⁸. En su contenido y carácter, se encuentra estrechamente conectado con el principio de soberanía territorial, explicado arriba, en especial en dos puntos concretos. El primero de ellos es que ambos derivan de la noción de soberanía de los Estados. Si, como se ha dicho antes, la soberanía territorial es un corolario básico de estas nociones, la soberanía permanente sobre los recursos naturales es, junto al derecho de libre elección del sistema económico, social y político, una derivación de la misma, según el jurista egipcio Abi-Saab²⁶⁹. En segundo lugar, porque la soberanía sobre los recursos naturales no puede ser escindida de la soberanía territorial del Estado, lo cual implica, entre otras consecuencias, que las riquezas y recursos naturales serán contempladas, *a priori*, como pertenecientes al dominio público estatal²⁷⁰.

Antes de entrar a analizar el contenido de este principio y sus efectos sobre los contratos de inversión, conviene hacer una presentación breve de su evolución histórica. Sus orígenes se remontan a tensiones antiguas entre los países exportadores de capital (los primeros, interesados en proteger sus inversiones y los segundos, recelosos de su soberanía) ya visible a finales del siglo XIX e inicios del XX.²⁷¹ Este conflicto de intereses se agudizó tras la Revolución rusa²⁷² y, en especial, con la primera oleada de independencia de las colonias después de la Segunda Guerra Mundial. Las luchas por el derecho de autodeterminación de los Estados coloniales trajo consigo el concepto de soberanía permanente sobre los recursos naturales, que se entendió como un ingrediente necesario de esta independencia. La década de los cincuenta del siglo pasado fue, en efecto, el momento en el que los países recién descolonizados lograron introducir este principio en los debates sobre la redacción de los dos pactos internacionales en derechos humanos. La primera referencia fue presentada por Chile en 1952 ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU²⁷³ y, finalmente, fue incorporado a sendos pactos firmados en 1966, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 1.2 de idéntica redacción²⁷⁴. Con

²⁶⁸ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. op. cit. p. 32.

²⁶⁹ ABI-SAAB, Georges. "Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities", en BEDJAOUL, Mohammed (de.) *International Law, Achievements and Prospects*. París: UNESCO, 199, p. 599.

²⁷⁰ *Ibid.* p. 602.

²⁷¹ *Ibid.* p. 598.

²⁷² BRONWILIE, I. op. cit. pp. 508

²⁷³ UN Doc. E/CN.4/L.24: "Los derechos de los pueblos a la auto determinación deben incluir también la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y recursos. En ningún modo puede un pueblo ser privado de sus propios medios de subsistencia sobre la base de los derechos de otros Estados." Citado en ABI-SAAB, G. op. cit. p. 600 y nota al pie 5.

²⁷⁴ "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia". Esta redacción corresponde al artículo 1.2 recogido en el PIDCP y el PIDESC, de 16 de

anterioridad, los trabajos en el seno de la ONU concluyeron con la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", un documento considerado por Abi-Saab como el reflejo del derecho internacional general sobre la materia²⁷⁵. Doce años después, y tras la declaración para un Nuevo Orden Económico Internacional²⁷⁶, la Asamblea General aprobó la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 3281, XXIX, de 1974)²⁷⁷. Este documento recoge de manera conjunta el 'principio de libre elección del sistema económico' y el de soberanía permanente, en su artículo 2.1:

'Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.'

Según el análisis de Abi-Saab, esta afirmación representa la soberanía permanente como un poder legal o jurisdiccional. Sus componentes (posesión, uso y disposición) son presentados en términos de *dominium*²⁷⁸, lo cual conlleva unas características relevantes que afectan a los contratos de inversión y los derechos de entidades extranjeras. El primer rasgo de este poder es, ante todo, su carácter permanente, es decir, que la soberanía estatal es la norma y las limitaciones sobre ésta (a través de acuerdos de concesión y explotación, etc.) son excepciones. El segundo rasgo, ya mencionado, es su vinculación a la soberanía territorial, es decir, que los recursos naturales están ligados al territorio, no sólo en términos físicos (que resulta obvio) sino también jurídicos. De este aspecto se deriva esencialmente que el poder de disposición del Estado sobre los recursos naturales es matizado, es decir, que no se ejerce sobre las riquezas y recursos naturales en sí mismos sino sólo sobre sus productos y beneficios. Se puede afirmar, según esta percepción, que el Estado tiene un poder de usufructo sobre la riqueza natural bajo su jurisdicción y ello implica que, aunque así lo quisiera, el Gobierno no podría enajenar todo o parte de la riqueza y recursos naturales a intereses extranjeros, sean públicos o privados. En última instancia, recoge Abi-Saab, la soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales es un derecho de la población, más que del

diciembre de 1966.

²⁷⁵ ABI-SAAB, G. "Permanent Sovereignty over.." op. cit. p. 601.

²⁷⁶ Res. AGNU 3201 (SVI), 1974).

²⁷⁷ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, de 12 de diciembre de 1974. Esta carta, adoptada por 120 votos a favor, 6 en contra (Bélgica, Dinamarca, República Federal Alemana, Luxemburgo, Reino Unido y Estados Unidos) y 10 abstenciones, siguió a la 'Declaración para el Establecimiento de un Nuevo Orden Mundial', contenida en la Res 3201 (S-VI) de mayo de 1974. Se trataba de un contexto en el que los países en desarrollo (denominados entonces el "Tercer Mundo") se levantaban contra el orden económico internacional dominante y exigían una mayor igualdad en derechos y oportunidades. Por lo tanto, los éxitos y avances conseguidos en este terreno hay que entenderlos en este contexto, que se vio modificado a partir de la siguiente década.

²⁷⁸ ABI-SAAB, G. "Permanent Sovereignty over.." op. cit. p. 602.

poder legislativo o ejecutivo, y por ello, su *ratio legis* es proteger este derecho de los posibles fallos o excesos de las instituciones públicas²⁷⁹.

b. Efectos sobre el control de las inversiones extranjeras

Como se ha afirmado, la defensa de este principio tiene efectos en la relación entre los Estados y entidades extranjeras vinculados por un acuerdo contractual. Frente a la idea defendida por la doctrina del contrato internacional de que el Estado cede su soberanía al firmar la transacción²⁸⁰, el 'principio de soberanía permanente' afirma el derecho del Estado de controlar las inversiones extranjeras, no sólo *a priori* (en el momento de aceptar o rechazar dicha inversión) sino también *a posteriori*, de acuerdo con los objetivos económicos del Estado y el interés general²⁸¹. Así, el derecho del Estado a controlar las inversiones en ejercicio de su soberanía permanente queda recogido en los artículos 2, 3 y 8 de la Resolución 1803 de 1962, y en el artículo 2.2 párrafo a) de la Carta de 1974. Según Abi-Saab, sobre el significado último que ambos documentos comparten, presentan algunas diferencias de énfasis. La Carta de 1974 subraya este derecho afirmando que “ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera”, mientras que la Declaración de 1962 hace referencia al derecho internacional como un tercer sistema para regir el contrato, lo cual puede imponer límites a la libertad de acción del Estado. No obstante, el profesor subraya que el hecho de el primer documento haga mención del marco legal internacional no sirve para contestar la pregunta sobre si éste complementa o establece límites a la legislación nacional en materia de inversión extranjera²⁸². Lo mismo ocurre con el principio de *pacta sunt servanda*, recogido en la Resolución 1803 y ausente en la Carta de 1974 ya que, al ser un principio general reconocido en todos los sistemas jurídicos (nacionales o internacionales) su aplicación no depende de una inclusión expresa en el acuerdo en cuestión²⁸³.

El efecto de estos textos internacionales ha sido discutido en la doctrina y en laudos arbitrales. El

²⁷⁹ ABI-SAAB, G. “Permanent Sovereignty over...” op. cit. pp. 602-603.

²⁸⁰ Para Rigaux, esta premisa hace que la teoría de internacionalización sea una *petitio principii* (falacia de argumento circular), es decir, el punto de partida y la conclusión a la que se pretende llegar son iguales: que el Estado contratante con una empresa extranjera ha accedido a establecer límites al ejercicio de su soberanía y se vincula en ello al derecho internacional. Ver RIGAUX, F. “Transnational Corporations”, en BEDJAOUI, M. op. cit. p.129.

²⁸¹ Un ejemplo de esta afirmación se recoge en el artículo 3 de la Res 1803, que afirma que las concesiones se regirán por los términos del contrato, por la ley nacional vigente y, en tercer lugar, el derecho internacional. Asimismo, la gestión de los productos y beneficios obtenidos deben tener cuidado de no “restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales”. Por su parte, ambos artículos 1 de la Res 1803 (XVII) y la Res 3201 (S-VI) enuncian generalmente el derecho a la soberanía permanente, precisando el primero que se debe ejercer atendiendo al “interés del desarrollo nacional y por el bienestar de la población”.

²⁸² ABI-SAAB, G. op. cit. pp. 605-606.

²⁸³ *Ibid.* p. 606. Sobre esta doctrina se hablará en el apartado siguiente.

propio Dupuy, en su laudo sobre el asunto Texaco, admitió la validez de la Resolución 1803, ya que había contado con el apoyo abrumador de la comunidad internacional²⁸⁴. No hizo lo mismo con la Resolución 3201, cuyo artículo 2 le parece una formulación política, *de lege ferenda*²⁸⁵. Brownlie rechaza este punto y opina que muchos Estados lo consideran como un principio emergente, aplicable desde la fecha, entre otros motivos, porque observa que su redacción remite a la Resolución 1803, adoptada con más de una década de anterioridad. Por ello, en opinión del autor, ambos documentos son vehículos para la evolución de práctica estatal, aunque precisa que, al menos en lo referente a la Carta de Derechos y Deberes y asumiendo que su artículo 2 produjera un cambio en el derecho consuetudinario, éste no sería vinculante para los Estados Unidos y países asociados, que han adoptado el papel de objetores persistentes²⁸⁶. En opinión de Abi-Saab, el análisis de las diversas resoluciones de la AGNU permite concluir la emergencia de una afirmación normativa común a partir de estos documentos, aunque admitiendo que algunos puntos quedan abiertos²⁸⁷. Para Higgins, la debilidad de estas resoluciones es que ninguna de ellas elabora un mismo concepto de “soberanía permanente de recursos naturales”, que ha tenido que asentarse a través de distintos laudos arbitrales en renombrados casos petrolíferos²⁸⁸. Así y todo, Sornarajah valora la relevancia de este principio no por su peso en el derecho internacional (que no niega en ningún momento) sino por el hecho de que ha pasado a los sistemas de derecho interno como parte de sus textos constitucionales o de los códigos de inversiones. Como ejemplos, menciona la legislación de Indonesia, Malasia e incluso de algunos Estados africanos, como casos en los que el Estado llegó a asumir el control mayoritario de la exploración y producción de petróleo aún en casos de contratos de inversiones²⁸⁹. Otro ejemplo de control parcial sobre las inversiones extranjeras común en la actualidad es la celebración de *joint ventures* o empresas conjuntas²⁹⁰.

c. Expropiación y nacionalización

Los procesos de expropiación o nacionalización están estrechamente vinculados a la soberanía

²⁸⁴ SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 31 nota 120. Cita la sentencia del caso Texaco, cit., en su párrafo 83.

²⁸⁵ BROWNLIE, I. op. cit. p. 518. Cita la sentencia Texaco, párrafos 88-89.

²⁸⁶ BROWNLIE, I. op. cit. p. 518-519.

²⁸⁷ ABI-SAAB, G. op. cit. p. 601.

²⁸⁸ HIGGINS, R. op. cit. p. 141. Las resoluciones relativas a la noción de soberanía permanente que recoge la autora son GA Res. 1803 (XVII); GA Res. 3171 (XXVII); GA Res. 320 (S-VI); GA Res. 3281 (XXIX), p. 141 nota 28.

²⁸⁹ Según cuenta Sornarajah, Indonesia fue pionera en crear el acuerdo de producción compartida que, al menos durante los años 80 del siglo pasado, fue muy usado en la industria del petróleo, permitiendo el control estatal sobre la exploración y producción de petróleo. Ver SORNARAJAH, M., *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 32, nota al pie 121.

²⁹⁰ SORNARAJAH, M. *The international Law of Foreign Investment* op. cit. pp. 65-66.

sobre recursos naturales y es una causa común de controversias entre las partes de un contrato de Estado (de hecho, ya se explicó que la teoría de la internacionalización de contratos surgió en un contexto de auge de procesos de nacionalización en países de Oriente Medio y, en general, antiguas colonias ricas en materias primas). Un ejemplo claro es la resolución de la AGNU de 626 (VII), aprobada en 1952. El documento, conocido como “la resolución de nacionalización” y rodeado de gran controversia, fue adoptado en un contexto de nacionalizaciones en Irán, en Bolivia y en otros países de América Latina y ha sido utilizado por varios Gobiernos para defenderse de las demandas internacionales por parte de las corporaciones afectadas²⁹¹. Brownlie describe la expropiación como un “proceso de privación por parte de los organismos estatales de un derecho de propiedad como tal, o mediante la transferencia permanente de poder de gestión y control”. Por su parte, si la expropiación implica uno o más recursos naturales como parte de un programa general de reforma social y económica, el proceso se denomina 'nacionalización' o 'socialización'²⁹². Tanto la Resolución 1803 de 1962 (en su artículo 4), como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de 1974 (en su artículo 2.2, párrafo c) recogen el derecho de los Estados a nacionalizar. En el ejercicio de sus poderes de gobierno, las medidas desarrolladas por un Estado pueden afectar a intereses extranjeros de manera considerable, sin que ello sea *a priori* ilegal ni equivalga a una expropiación.²⁹³ No obstante, en la doctrina 'occidental' se ha implantado con fuerza la *norma de compensación*, según la cual la expropiación de una propiedad extranjera es legal si se provee una compensación pronta, adecuada y efectiva. Por lo tanto, en principio la expropiación es lícita, como un ejercicio de competencia territorial, pero la compensación es (según esta versión) el condicionante legal²⁹⁴.

Brownlie explica que esta norma se basa en asunciones propias del régimen liberal de propiedad privada, vinculada además al principio de 'tratamiento nacional'²⁹⁵ aplicado a las inversiones. De esta manera, la norma de compensación se incorpora como estándar mínimo internacional de tratamiento del extranjero, con el énfasis puesto en los derechos de propiedad como 'derechos adquiridos'. Precisamente esta doctrina es una de las utilizadas en defensa de la teoría de la

²⁹¹ ABI-SAAB, G. op. cit. p. 601 y nota al pie 6.

²⁹² BRONWLIE, I. op. cit. pp. 508-509.

²⁹³ BRONWLIE, I. op. cit. p. 509.

²⁹⁴ *Ibid.* 509-510.

²⁹⁵ Este principio proviene de las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y ha sido incorporado a la práctica totalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), dentro del catálogo de derechos de los inversores. En el marco de la OMC, establece que las mercancías importadas no pueden someterse a un tratamiento menos favorable que el aplicado a productos similares de origen nacional. En el seno de los acuerdos de inversión, protege a los propietarios extranjeros. Para el análisis de este principio y de otros similares, ver DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit. pp. 748 y ss.

internacionalización de los contratos, junto a las del principio *pacta sunt servanda* y de 'santidad de los derechos de propiedad' (que se explicarán en el siguiente apartado). Un ejemplo de aplicación es la sentencia del asunto *Aramco*²⁹⁶. La teoría de los derechos adquiridos se basa en la premisa de que el poder soberano de los Estados sólo puede ejercitarse una vez sobre una inversión extranjera, ya que dicho poder se agota una vez que el Estado admite la inversión bajo unos términos contractuales dados que pasan a ser, desde entonces, regidos por el derecho internacional en tanto que el derecho aplicable (sin importar, por tanto, los cambios subsecuentes en la política estatal)²⁹⁷. Esta doctrina ha sido criticada por autores como Brownlie, que considera el término “desafortunadamente vago” y no claramente aceptado por el derecho internacional²⁹⁸. Sornarajah rechaza la validez absoluta de los derechos adquiridos argumentando que hay derechos que son reversibles en pro del interés estatal y de acuerdo con el derecho nacional²⁹⁹. De hecho, este argumento encuentra un eco en la opinión de algunos juristas favorables a la norma de compensación, que reconocen la existencia de excepciones que harían innecesario el pago, entre ellas, las acciones que deriven del ejercicio legítimo del poder legislativo³⁰⁰. Junto a éste, las medidas dirigidas a la protección de la salud pública y otras similares cuadran dentro del concepto de 'utilidad pública' que, según Brownlie, está asentado incluso en los sistemas económicos más liberales y que consideraría lícita una expropiación sin compensación. Por último, el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales se enfrenta y rechaza los derechos adquiridos, al afirmar que el dominio (entendido como poder de uso, disposición y administración de los productos) del Estado sobre los recursos y riquezas naturales no es enajenable y que su poder sobre las actividades económicas en su jurisdicción es permanente³⁰¹.

Los autores más proclives al principio de soberanía permanente sobre recursos naturales aceptan la visión de que una nacionalización no es un acto ilegal en sí, excepto en casos concretos donde el Estado incurre en una violación de una obligación específica o cuando se trata de una expropiación discriminatoria³⁰². Abi-Saab esgrime como evidencia que los textos internacionales referentes no mencionan la posibilidad de disputa por causa del proceso de expropiación en sí mismo, sino por la

²⁹⁶ (1958) 27 I.L.R. 117. citado en SORNARAJAH, M. op. cit. p. 28.

²⁹⁷ ABI-SAAB, Georges. “Permanent Sovereignty over Natural Resources...”, op. cit. p. 607 y nota al pie 13.

²⁹⁸ BROWNIE, I. op. cit. p. 510.

²⁹⁹ SORNARAJAH, M. op. cit. p. 28.

³⁰⁰ BROWNIE, I. op. cit. p. 511-512.

³⁰¹ ABI-SAAB, G. “Permanent Sovereignty over Natural Resources...” op. cit. p. 606-607.

³⁰² Acerca de la expropiación discriminatoria, ABI-SAAB, G. “Permanent Sovereignty over Natural Resources...” op. cit. p. 610 y nota al pie 15. Como ejemplo de nacionalización ilícita, el autor menciona el caso *Chorzow*, de 1928, considerado un *locus classicus* en la materia antes de la IIGM. Ver ABI-SAAB, G. op. cit. p. 611 y nota al pie 16.

ausencia de una compensación debida³⁰³. En estos casos, el derecho aplicable para la solución de controversias, según la Resolución 1803 de 1962 (art. 4), y la Carta de 1974 (art. 2.2, párrafo c), sería con preferencia el nacional del Estado parte, y es en esta jurisdicción donde se deben agotar los recursos. En segundo plano, la Res. 1803 remite al derecho internacional y la Carta de 1974 a “otros medios pacíficos” en consenso por las partes implicadas y de acuerdo con el “principio de libre elección de los medios”³⁰⁴.

2.3.6. Otras doctrinas (derechos de propiedad y *pacta sunt servanda*)

Antes incluso del surgimiento de la 'teoría de internacionalización', otras doctrinas han sido utilizadas para alegar al derecho internacional como el aplicable a los contratos entre Estado e inversor extranjero. Entre ellas, destacan la de la santidad de los derechos de propiedad y la del principio de *pacta sunt servanda*.

Respecto al derecho de propiedad, sus defensores argumentan, según explica Sornarajah, que éste se encuentra especialmente protegido en el derecho internacional, mediante su inclusión el derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, si los derechos contractuales incluyen derechos de propiedad, la quiebra del contrato pone a éstos en peligro y entonces el derecho internacional debe actuar en su protección. La respuesta de Sornarajah es que el derecho de propiedad no ha sido recogido de manera consensuada en los diferentes tratados internacionales. Así, aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos sí recogió este derecho (art. 17.1), no fue tan explícito en documentos subsiguientes. Los Pactos Internacionales de 1966 (relativos a los Derechos Civiles y Políticos y a los Derechos Económicos Sociales y Culturales) no hacen referencia a este derecho, como tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (que sí lo incluye en su Primer Protocolo Adicional, art. 1) En base a este argumento, algunos autores invalidan la doctrina al rechazar que haya una aceptación general del principio de 'santidad' del derecho de propiedad en la esfera internacional³⁰⁵. En un trabajo más reciente, Sornarajah reconoce que los BITs han contribuido sin duda al desarrollo del concepto del derecho de propiedad, en especial respecto a la propiedad intangible (más difícil de proteger por el inversor). El desarrollo de los BITs está impulsando la aceptación de que el derecho de propiedad intangible que sea reconocido por un derecho nacional sea catapultado al derecho internacional (y a sus mecanismos

³⁰³ ABI-SAAB, G. op. cit. p. 609.

³⁰⁴ ABI-SAAB, G. op. cit. pp. 610 y 613 y SORNARAJAH, M. op. cit. p. ¿?¿?

³⁰⁵ Ver BRONWILIE, I. op. cit. p. 510. y SORNARAJAH, M. op. cit. pp. 27-28, este autor cita, para más detalle sobre documentos de derechos humanos y el derecho de propiedad, a SIEGHART, P. *The International Law of Human Rights* (1983) pp. 252-253.

de protección) a través de estos tratados³⁰⁶. No obstante, también reconoce que la base filosófica de este derecho y la extensión de la propiedad que se le concede no es uniforme pues, si bien la tradición norteamericana lo considera como un derecho “absoluto”, las tradiciones del derecho europeo e inglés lo consideran un derecho reversible en pro del interés público³⁰⁷. En coherencia con su estudio crítico de los problemas relativos a la teoría legal internacional, Higgins va un paso más allá en el análisis de la cuestión. Así, en relación a los acuerdos de concesión petrolífera, la autora afirma que no todos los contratos al respecto implican la cesión de una “propiedad”³⁰⁸ (propiedad que sería ilícito para el Estado apropiarse y requeriría compensación). No obstante, se ha extendido la visión de que los derechos contractuales son en sí mismos una forma de propiedad para su titular. La autora explica el interés en tratar el problema a través de la noción de propiedad (en lugar de analizarlo como un asunto de derecho de contratos) en una razón: que el derecho internacional tiene mucho que decir acerca de la propiedad y relativamente poco acerca de los contratos transnacionales. Asimismo, la determinación de una posible compensación para el inversor variará según se valore la acción como una mera quiebra contractual o una apropiación³⁰⁹.

Por último, en relación a la doctrina *pacta sunt servanda*, el laudo *Texaco c. Libia* la destacó como un principio básico del derecho internacional general.

'Ninguna jurisdicción internacional ha tenido la más mínima duda de la existencia, en derecho internacional, de la norma *pacta sunt servanda*: ha sido afirmada vigorosamente tanto en la sentencia *Aramco* en 1958 como en la sentencia *Sapphire* en 1963. Uno puede leer, en efecto, en la sentencia *Sapphire*, que 'es un principio fundamental de derecho, constantemente proclamado por cortes internacionales, que las garantías contractuales deben ser respetadas. La norma *pacta sunt servanda* es la base de cada relación contractual'³¹⁰. Este tribunal no puede sino reafirmar esto en su turno afirmando que la máxima *pacta sunt servanda* debería ser considerada como un principio fundamental de derecho internacional'.³¹¹

Ningún autor rechaza que este principio sea uno de los fundamentales en el derecho internacional

³⁰⁶ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. op. cit. p. 224

³⁰⁷ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. op. cit. pp. 224-225.

³⁰⁸ Higgins distingue entre concesiones antiguas, en las que el inversor se aseguraba el título del petróleo *in situ*, y las más actuales relativas a yacimientos *off-shore* (costa afuera), donde el inversor obtiene una licencia de exploración y explotación. HIGGINS, R. op. cit. p. 138.

³⁰⁹ HIGGINS, R. op. cit. p. 140.

³¹⁰ (1963) 35 ILR 136 en p. 181.

³¹¹ Sentencia *Texaco v. Libia*, párrafo 52. Citado en SORNARAJAH, M. op. cit. p. 32 ¿?

general. El punto de discrepancia, para algunos, está en que no se ha demostrado de manera satisfactoria que dicho principio, recogido en el derecho de los tratados, sea aplicable a los contratos de Estado. En este sentido, Sornarajah considera que la mera repetición de una afirmación así en diferentes sentencias arbitrales no satisface la carga de la prueba³¹². Para otros autores, como Abi-Saab, la cuestión reside en que el principio *pacta sunt servanda* está reconocido tanto en el derecho internacional como en los sistemas jurídicos nacionales y que, por lo tanto, es aplicable a todos los contratos, incluidos aquellos entre Estados e inversores extranjeros, cualquiera que sea la ley aplicable a dichos contratos y esté o no mencionado de manera explícita en éstos. De este modo, la referencia a este principio no da ninguna pista sobre el derecho aplicable a los contratos de Estado; su mención en un contrato dado no significa que éste se rija por el derecho internacional o ningún tipo de sistema independiente, “transnacional” o “lex mercatoria”³¹³. Ambos autores coinciden en que, de considerarse aplicable este principio, ello no significa que tenga un carácter absoluto (y que, por tanto, los contratos sean inmunes a todo cambio), pues ha de ponderarse con el también relevante principio *rebus sic stantibus*, contemplado en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, en su artículo 62³¹⁴.

Capítulo 3: La personalidad jurídica internacional de las ETN en base a su locus standi ante cortes internacionales de solución de disputa

Una vez analizado el carácter de los llamados contratos de Estado y su relación con el debate en torno a la personalidad legal internacional de las empresas transnacionales, conviene adentrarse en la siguiente cuestión. El objetivo de este apartado será estudiar si la capacidad procesal de las corporaciones ante tribunales internacionales de solución de controversias relativas a inversiones es una razón suficiente para otorgarles el estatus de sujeto jurídico internacional. Este tema ha sido mencionado en el apartado anterior (en relación a la cláusula de arbitraje presente en los contratos de inversión). En aquella ocasión, el objeto de estudio era el derecho aplicable en los procesos de solución de diferencias (para los defensores de la doctrina del contrato internacional, sería el derecho internacional, mientras que para sus detractores, sería el derecho nacional del Estado receptor). El tema del presente apartado es, más bien, determinar si en tales procesos, cualquiera que sea el derecho aplicable³¹⁵, la capacidad procesal de la entidad privada ante instancias

³¹² SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration* op. cit. p. 25.

³¹³ ABI-SAAB, G. op. cit. p. 606.

³¹⁴ ABI-SAAB, G. op. cit. p. 606; SORNARAJAH, M. op. cit. pp. 25-26.

³¹⁵ WAELDE, Thomas W. “Investment arbitration under the Energy Charter Treaty. From dispute settlement to treaty implementation”. Ponencia presentada en la *Conference of Energy-Arbitration*, Gulf Arbitration Centre, October

internacionales satisface el requisito mencionado por muchos autores como el fundamental para otorgar una subjetividad internacional³¹⁶. Cabe mencionar como apunte previo que el asunto ha sido objeto de poco análisis hasta la fecha. Las referencias al fondo de la cuestión se hallan con frecuencia incluidas en reflexiones sobre ámbitos más amplios, dentro del derecho de inversiones o de los procesos de arbitraje internacional.

3.1. Presentación del debate desde una defensa del objeto del mismo

La afirmación de partida en defensa de este argumento es clara: la atribución de derechos y obligaciones a la empresa transnacional es un ingrediente básico para el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional, pero falta que tal condición vaya acompañada de la posibilidad de interponer un recurso ante un tribunal internacional contra un Estado³¹⁷. Patrick Dumberry, autor de estas palabras, se basó en la mencionada opinión consultiva de la CIJ de 1949, *Reparación de daños sufridos...*³¹⁸, donde considera que se reúnen los criterios objetivos en torno a la personalidad internacional. De hecho, la cuestión de la capacidad para interponer efectivamente demandas internacionales estaba en el corazón de la solicitud consultiva emitida por la Asamblea General al Tribunal Internacional de Justicia³¹⁹. Con el objetivo de dilucidar si las Naciones Unidas, como organización internacional, poseía dicha capacidad, la Corte se preguntó primero si la Organización poseía personalidad jurídica internacional³²⁰. Por lo tanto, resulta a primera vista que la capacidad procesal internacional es un ingrediente *necesario* de la personalidad jurídica internacional. Hasta ahí, el tema no parece suscitar polémica. La cuestión es, más allá de si es un ingrediente necesario ¿es un elemento *suficiente* para determinar la personalidad jurídica internacional? Una afirmación categórica es la de C. Leben, quien utiliza la teoría de Kelsen a favor de la subjetividad internacional de los individuos para concluir, parafraseando al gran jurista austriaco, que es posible considerar como sujeto de derecho internacional a cualquier persona capaz de entrar en disputa directamente con otro sujeto de derecho internacional ante una corte internacional (habiendo

1998. p. 13.

³¹⁶ Así, de los autores mencionado, en su mayoría mencionan la capacidad de interponer demandas a nivel internacional como uno de los requisitos de la subjetividad jurídica internacional. Ver OKEKE, C. op. cit. p. 19; BROWNLIE, I, op. cit. p. 57.; CARRILLO SALCEDO, J. A. op. cit. p. 28.; DÍEZ DE VELASCO, M. op. cit. P 271. DURUIGBO, Emeka A. *Multinational Corporations and International Law. Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*. Nueva York: Transnational Publishers, 2003. pp. 191-192.

³¹⁷ DUMBERRY, P. "L'enterprise, Sujet du Droit International?" op. cit. p. 111.

³¹⁸ *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, (CIJ Rec. 1949:178) cit.

³¹⁹ CLAPHAM, Andrew. *Human Rights obligations of Non-state actors..* op. cit. p. 65.

³²⁰ PORTMANN, R. Legal Personality in International Law, op.cit. pp. 100,101.

consentimiento previo por parte del denunciado de alguna u otra manera.)³²¹, una afirmación que aplica también a las corporaciones transnacionales. La base del análisis es la confrontación entre Kelsen y Triepel sobre carácter del Derecho Internacional³²². Frente a la postura dicotómica del segundo (basada en la separación radical entre el derecho internacional público y el privado), Kelsen defiende la potencial subjetividad internacional de los individuos, una posición que Leben apoya con varios argumentos. Entre ellos, la “revolución” de los procesos de arbitraje 'mixtos' o transnacionales, en los que una corporación privada puede interponer una demanda internacional contra un Estado³²³. Reconoce que no existe un consenso en la doctrina sobre el derecho aplicable a estos procesos transnacionales, pero sí respecto a los casos de arbitrajes surgidos de tratados inter-estatales, como el tribunal Irán-EEUU o, especialmente, el CIADI establecidos bajo el Convenio de Washington de 1965 que, según el autor, concede una posición dominante al derecho internacional.

El Convenio de Washington, del que se habló en el anterior capítulo, consagró el derecho de las entidades privadas inversoras a presentar demandas contra los Estados de acogida, una capacidad procesal que se ha incrementado gracias al auge de BITs surgidos al amparo de la mencionada Convención. El alcance de esta legitimidad tal y como lo describe Leben es tan llamativo que merece mención pues, según el autor, muchos de estos tratados incluyen cláusulas que permiten a entidades privadas iniciar casos contra un Estado por supuestas violaciones del tratado aunque no haya un vínculo contractual directo entre dicho Estado y la entidad demandante³²⁴. Dumberry menciona esta misma cualidad, pero en referencia a tratados multilaterales de inversión tales como la Carta Europea de la Energía (en virtud de la cual, el autor considera que la entidad privada tiene reconocida una personalidad jurídica internacional³²⁵) o el Protocolo de Colonia concluido en el marco del MERCOSUR.³²⁶ En este contexto, para Leben la expansión de la personalidad jurídica internacional está relacionada con lo que Kelsen caracterizó como la creciente extensión a los

³²¹ LEBEN, C. op. cit. p. 305. El autor extrae la cita de Kelsen de su artículo escrito como conclusión del simposio de la Haya de 1926: “Les rapports de systeme entre le droll interne et le droit International public”. 14 *RdC* (1926. IV) 231, p. 283-286.

³²² En esta tradicional confrontación a lo largo del S- XX, Triepel presenta la visión dualista, de una separación radical entre derecho internacional público y derecho privado. Por el contrario, Kelsen defiende que el hecho de que el Derecho Internacional inmediatamente sólo a los Estados y “mediatamente”, (con mediación) a los individuos, no es una característica inherente ni necesaria naturaleza de sus normas. Ver LEBEN, C. op. cit. p. 301.

³²³ LEBEN, C. op. cit. p. 302.

³²⁴ LEBEN, C. op. cit. p. 302.

³²⁵ Carta Europea de la Energía, firmada en diciembre de 1994 con el objeto de regular las inversiones en esta materia. Dumberry señala el artículo 26 del tratado, que prevé un recurso para una empresa originaria de un Estado parte del tratado contra otro Estado parte del tratado. Ver DUMBERRY, P. “L’enterprise, Sujet de Droit International?” op. cit. p. 114 y nota al pie 45.

³²⁶ Protocolo adoptado en enero de 1994. DUMBERRY, P. “L’enterprise, Sujet de Droit International?” op. cit. p. 114 y nota al pie 46.

sujetos de áreas que estaban previamente gobernadas por el derecho de Estado en exclusiva. Aunque, reconoce Leben, el autor de *Teoría pura del Derecho* no estaba pensando especialmente en el derecho de inversiones, defiende que esta afirmación se le puede aplicar.³²⁷

Por último, el autor se refiere especialmente al caso de los contratos de Estado. Al igual que una gran parte de la doctrina, reconoce el papel que el aumento de relaciones contractuales entre un Estado y entidad privada extranjera ha tenido en la sustitución del mecanismo de protección diplomática por el arbitraje como medio para garantizar los intereses de los inversores³²⁸. Atendiendo a este fenómeno, para Leben no es difícil comprender cómo el cambio producido por el incremento de contratos de Estado lleva a considerar que el individuo pueda ser considerado como un sujeto (limitado) del derecho internacional. El autor alcanza a afirmar que “en estas circunstancias, no hay razón más que el dogma para rechazar enfrentarse a la realidad del derecho internacional moderno, en concreto [] las personas privadas han adquirido en la institución legal de los Contratos de Estado, y más generalmente en el ámbito del derecho de inversiones, una personalidad legal internacional (limitada), a fuerza de su capacidad de actuar directamente contra el Estado en defensa de sus derechos y de hacerlo frente a cortes internacionales.”³²⁹

3.1.1. Tres vías para las demandas internacionales de las corporaciones

Los procesos de arbitraje apuntados arriba por Leben se pueden agrupar, como hace Dumbery, en las tres vías mediante las que el derecho internacional de inversiones ofrece un *locus standi* a las corporaciones ante tribunales internacionales: en primer lugar, los contratos de Estado que incorporan una cláusula de arbitraje; en segundo lugar, los BITs que recurren al Convenio de Washington³³⁰. Ya se había explicado que los tratados bilaterales contienen en su mayoría determinadas provisiones de solución de diferencias que el Estado parte puede ofrecer a la entidad

³²⁷ La cita de Kelsen está extraída de su obra *Theorie pure du droit* (traducción de C. Bsenmann, 1962). Ver LEBEN, C. op. cit. p. 304 y nota al pie 67.

³²⁸ Ver, por ejemplo, SORNARAJAH, M. op. cit. p. 9-10; MUCHLINSKI, P. op. cit. pp. 534-536. Las debilidades de la protección diplomática, en relación especialmente con las entidades transnacionales dada su estructura compleja, se pusieron de manifiesto en el caso Barcelona Traction (1962), que supuso el punto de inflexión en los medios de protección de intereses económicos internacionales. (Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited.. Las sentencias más relevantes son las emitidas por el TIJ el 24 de julio de 1964 y el 5 de febrero de 1970, se pueden consultar en D.E.D.I, vol XXIII (nº 2-3)1970. Para un análisis amplio sobre la protección de las inversiones extranjeras ver VICENTE BLANCO, Dámaso J. “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, 1992: vol 352-389.

³²⁹ LEBEN, C. “Hans Kelsen and the advancement of International Law”, op. cit. p. 305.

³³⁰ Desde la adopción del Convenio de Washington, todos los BITs hacen referencia a la CIADI como mecanismo de solución de diferencias Estado-inversor, bien como mecanismo exclusivo o como una de las alternativas posibles (de hecho, antes de este Convenio, los tratados bilaterales sólo contemplaban el arreglo de controversias entre los Estados parte). Ver MUCHLINSKI, P. op. cit. p. 633.

inversora y así incorporarlas a los contratos de inversión. Hay diferentes cláusulas de arbitraje que imponen distintos grados de obligatoriedad al Estado³³¹ aunque, según autores como Waelde, la mayoría de las provisiones de arbitraje imponen al Estado una obligación irrevocable de aceptar el proceso de arbitraje si el inversor así lo desea, tanto si dichos contratos se entienden desde la perspectiva del derecho internacional como si se aplica el derecho contractual³³². Por último, la tercera vía son los diferentes tratados multilaterales. Dumberry concluye que, entonces, el derecho internacional presenta ciertas situaciones en las que las corporaciones ostentan atributos propios de los sujetos de derecho internacional³³³. No obstante, la personalidad obtenida de tales situaciones tiene una serie de limitaciones, que se explicaron en el capítulo primero (personalidad limitada, derivada, relativa, funcional y menor). En el tema que aquí ocupa, es relevante que el autor parece admitir que la sola voluntad de un Estado en reconocer personalidad jurídica a una corporación (a través de documentos como los BITs, tratados multilaterales o contratos de Estado) pueda otorgar a ésta el estatuto de sujeto de derecho internacional con efecto general, un término que otros autores habían rechazado³³⁴. Dumberry afirma que “son los Estados los que, entre ellos (a través de tratados bilaterales o multilaterales) o directamente con una empresa (por ejemplo, en el contexto de un contrato de Estado), acuerdan a esta última los derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional y la capacidad de recurrir directamente ante una instancia internacional”³³⁵. No obstante, Dumberry no se concluye de manera absoluta, pues afirma que los documentos citados constituyen actos “constitutivos” y no meramente “declarativos” de la personalidad de la entidad, es decir, que la existencia de dicha personalidad depende de la vigencia del documento (con lo cual un Estado puede unilateralmente eliminar este estatus jurídico a la corporación, al retirarse del tratado que le otorgaba sus derechos y deberes o rescindir el contrato). En definitiva, al margen de los contratos de Estado³³⁶, las corporaciones son sujetos “pasivos” de derecho internacional, pues no pueden participar en los procesos de elaboración ni extinción de las normas a las que están sometidas³³⁷.

³³¹ SORNARAJAH, M. *International Law on Foreign Investment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004 (segunda edición), pp 249-250.

³³² WAELDE, Thomas W. “Investment arbitration under the Energy Charter Treaty. From dispute settlement to treaty implementation”. op. cit. pp 11-12.

³³³ DUMBERRY, P. “L’enterprise, Sujet de Droit International?” op. cit. pp. 114-115.

³³⁴ Por ejemplo, MALANCZUK, P. op. cit. p. 61.

³³⁵ DUMBERRY, P. “L’enterprise, Sujet de Droit International?” op. cit. p. 116.

³³⁶ En los contratos firmados entre el Estado y la entidad, por supuesto, la empresa es parte negociadora activa. Incluso, se podría decir que con un mayor poder de negociación que los Estados que, en su necesidad de capital extranjero, compiten entre sí para ofrecer las mejores condiciones a los inversores, rebajando su nivel de estándares relativos, entre otros, a derechos humanos. Esta situación ha dado lugar a las llamadas Zonas Francas de Exportación (ZFE).

³³⁷ DUMBERRY, P. “L’enterprise, sujet icde Droit international?” op. cit. p. 117-118.

3.2. Doctrina a favor

Entre las opiniones favorables a considerar la personalidad legal internacional de las corporaciones en virtud de su capacidad procesal ante instituciones internacionales están, como se ha mencionado antes, los defensores de la teoría de la internacionalización de contratos. Para esta postura, el proceso mismo de arbitraje es una muestra de que el contrato de inversión está “internacionalizado” y debe aplicarse el derecho internacional³³⁸. Para Sornarajah, es también una muestra del importante papel de las corporaciones multinacionales en el derecho de inversiones, y un ejemplo de que el poder privado puede ser usado para formular normas que acaban proclamándose como principios de derecho internacional. Así, este autor sostiene que el interés de las multinacionales en la materia tuvo mucho que ver con el desarrollo de los mecanismos de protección de inversiones, que fue diseñado a través del sistema de arbitraje como arreglo de diferencias³³⁹. Sin ser necesarios partícipes de la teoría de internacionalización, otros autores se mueven en esta línea, hasta el punto de considerar que el auge del arbitraje internacional no sólo concede personalidad jurídica internacional a los inversores sino que abre la puerta hacia un nuevo derecho internacional de inversiones³⁴⁰. En su trabajo de 1983, Charney parece admitir la participación de las corporaciones en foros de arbitraje internacionales como uno de los indicios para evidenciar que estas entidades han tenido personalidad jurídica internacional³⁴¹. De la misma opinión, Jägers pone como ejemplos el Tribunal de 1981 entre Irán y Estados Unidos o la Comisión de Denuncias de EEUU. Por supuesto, menciona los diferentes tribunales internacionales de arbitraje creados (o posibilitados) por acuerdos internacionales o contratos de inversiones³⁴². Cutler, en su mencionada crítica a la 'invisibilización' de las corporaciones dentro del paradigma internacional clásico, subraya el creciente poder real de estos actores en la esfera internacional³⁴³, uno de cuyos exponentes es, precisamente, el acceso directo a los mecanismos de solución de disputa (tales como el CIADI, el provisto en el Capt 11 del TLCAN o el tribunal Irán-Estados Unidos). Para la autora, este hecho constituye una prueba de la personalidad legal internacional de las corporaciones y, junto a su creciente participación en los procesos negociadores de normas internacionales, es un indicio que

³³⁸ Como se ha dicho, uno de los precursores de esta teoría, en el ámbito jurisprudencial de arbitraje, fue J.M Dupuy. Ver HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process. International Law and How we Use it*. Nueva York: Oxford University Press, 1994. pp 141. Sobre el tema de la internacionalización de los contratos de Estado, ver Cap. 2 de este trabajo.

³³⁹ SORNARAJAH, M. *International Law on Foreign Investment*. op. cit. pp. 67-68.

³⁴⁰ SCHLEMMER, Ec. “A new international law of Foreign Investment”. *J. of South African Law*. n° 531, 2005. pp. 539, 543, 544.

³⁴¹ CHARNEY, J. “Transnational Corporations...” op. cit. pp. 762,763.

³⁴² JÄGERS, N., “The legal status of Multinational Corporations ” op. cit. pp. 265-6.

³⁴³ CUTLER, A. C. op. cit. p. 137.

estas entidades “están actuando cada vez más como participantes en la creación directa, aplicación e implementación del derecho internacional”³⁴⁴.

La relevancia de la participación privada en procesos arbitrales internacionales frente a Estados ha sido aceptada por esta parte de la doctrina hasta el punto de originar reflexiones como la del académico Elihu Lauterpacht. En una cita referida por Duruigbo, el autor considera que el desarrollo de tales procesos arbitrales ha “puesto fin al mito, tan prevalente hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, de que sólo los Estados son sujetos de derecho internacional”³⁴⁵. Conviene contextualizar la cita, pues en este trabajo, Lauterpacht analiza los avances (sustantivos y procesales) que ha experimentado el derecho internacional desde 1950, en concreto en lo relativo a las inversiones extranjeras y la protección de los derechos de inversores. Tras analizar los avances implicados por el TLCAN, el CIADI y tratados multilaterales como la Carta Europea de la Energía, el autor valora en positivo el “progreso” que supone el nivel de estándar de protección obtenido por los inversores y considera que, aunque los derechos sustantivos pudiesen tener algún retroceso, es menos probable que esto ocurriese con los avances procesales. El autor parece, por último, mostrar una opinión tendente a considerar al individuo como sujeto último de derecho internacional³⁴⁶. Mostrando también gran consideración a la relevancia de la entidad privada en el arbitraje Estado-inversor pero con una perspectiva menos optimista que Lauterpacht, el profesor Álvarez opina que bajo tales procesos, “los Estados son principalmente sujetos pasivos en un juego controlado por los demandantes corporativos”. Considera probado por la práctica que, en virtud de estas experiencias, “los Estados han en efecto delegado la creación del derecho internacional de inversiones a los abogados de una tercera parte privada, en concreto las multinacionales millonarias que pueden permitirse interponer demandas y generar jurisprudencia”³⁴⁷.

³⁴⁴ *Ibid.* p. 145. Para el desarrollo del análisis sobre estos dos aspectos (participación de las ETN en la negociación internacional de normas y *locus standi* directo ante instituciones interancionales) ver CUTLER, A. C. op. cit. pp 143-145.

³⁴⁵ El profesor Duruigbo cita a la autora en DURUIGBO, E. *Multinational Corporations and International Law* op. cit. p. 196. La cita pertenece a LAUTERPACHT, Elihu, “International Law and Private Foreign Investment”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997 vol 4, p. 274.

³⁴⁶ LAUTERPACHT, Elihu, “International Law and Private Foreign Investment” op. cit. p. 276.

³⁴⁷ ÁLVAREZ, J. “Are Corporations 'Subjects' of International Law?” op. cit. p. 15.

3.2.1. Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Dada la importancia que se ha reconocido a este tratado en el desarrollo de la capacidad procesal de las corporaciones transnacionales, es pertinente dedicarle unas líneas de análisis en exclusiva. El TLCAN, un tratado regional suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México³⁴⁸ se ha hecho célebre en la materia gracias a su capítulo 11 (sección B), relativo a la solución de controversias entre Estados e inversores. Según Dumbery, se trata del primer tratado regional que provee a individuos y corporaciones acceso directo a un mecanismo de solución de diferencias ante un tribunal de carácter internacional, precedente de otros tratados mencionados como la Carta Europea de la Energía y el Protocolo de Colonia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en el marco del MERCOSUR. Es también el primer tratado de inversiones firmado entre dos países desarrollados y el primer tratado firmado por México que provee arbitraje internacional Estado-inversor. Ya sea desde un punto de vista crítico o favorable al TLCAN, la doctrina coincide en que su capítulo 11 provee la más extensa combinación de derechos y remedios provistos para los inversores extranjeros en un tratado internacional³⁴⁹.

Los artículos 1116 y 1117 del tratado definen los requisitos del demandante. De acuerdo con el primero, el Capítulo 11 del TLCAN puede ser invocado por cualquier “inversor de una Parte” del tratado que haya sufrido una pérdida o daño, entendiendo como “nacional” de una Parte cualquier ciudadano o residente permanente de dicha Parte (según el art. 201 del tratado). El inversor afectado puede dirigir directamente una demanda en base al Cap. 11 del TLCAN o hacerlo en representación de otra empresa sobre la que pruebe que posee control directo o indirecto (según el art. 1117)³⁵⁰. Se aprecia en estos artículos una definición de la entidad demandante que facilita la acción procesal de las empresas transnacionales, de acuerdo con su compleja configuración. Otro aspecto de interés se encuentra en los requisitos para interponer la demanda. Entre las condiciones necesarias, no figura el agotamiento de recursos internos por parte del demandante, aunque sí que haya intentando consultas y negociaciones con la parte estatal acusada (art. 1118). Comparados con otros tribunales internacionales de origen convencional que otorgan capacidad procesal a individuos (i.e el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, surgido del Convenio Europeo de Derechos Humanos), la entidad inversora se encuentra aquí con una ventaja procesal importante. Este aspecto es esencial en

³⁴⁸ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado entre Estados Unidos, Canadá y México el 17 de diciembre de 1992 y en vigor desde el 1 de enero de 1994.

³⁴⁹ DUMBERRY, Patrick. “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism: A Review of the Latest Case Law”. *Journal of World Investment*, 2001: vol. 2, num. 1, pp. 151, 152.

³⁵⁰ DUMBERRY, Patrick. “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism..” op. cit. p. 154, 155.

procesos arbitrales como el del CIADI (uno de los tres procesos disponibles para los casos al abrigo del TLCAN³⁵¹), ya que para formar parte de este proceso, el Estado parte cede la jurisdicción en el arreglo de diferencias a este organismo³⁵². La cuestión de la norma de agotamiento de recursos internos es, no obstante, un tema complejo para el que no hay espacio en estas páginas. Aunque tratados como el TLCAN no impone esta norma, el Convenio de Washington es menos taxativo. En sus artículos 26 y 27 exige la “exclusividad” del proceso ante el CIADI en perjuicio de otros mecanismos y de la protección diplomática. Asimismo, el artículo 26 recoge la posibilidad de que el Estado exija el agotamiento de sus vías judiciales y administrativas. Otro asunto es si, ante todo, el agotamiento de recursos internos es un principio de derecho internacional tan fundamental que sólo puede ser contravenido por afirmación explícita³⁵³.

3.3. Doctrina en contra

Diferentes autores se oponen a que la capacidad procesal de las ETN ante tribunales (arbitrales) internacionales sea un elemento decisivo para reconocer su personalidad internacional. Malanczuk, por ejemplo, opina que la base doctrinal de este derecho no está muy clara en la literatura al respecto y se apoya en una cita de Waelde.³⁵⁴ Este último acepta la posición de G. Burdeau ubicando estas nuevas formas de arbitraje internacional de inversiones contra Estados en un lugar a medio camino entre el arbitraje comercial y las demandas relativas a derechos humanos, al amparo de convenios como el CEDH. En su opinión, aunque estos nuevos métodos tomen el nombre de “arreglo de diferencias”, se tienen que entender menos como parte del mecanismo tradicional de arbitraje en diferencias de contratos y más como un instrumento para reforzar el cumplimiento de los Tratados usando a agentes privados motivados por su interés comercial. Waelde asegura que no hay nada nuevo en el uso de agentes privados para implementar el Derecho. “Lo nuevo es que este instrumento clave para lograr el cumplimiento se emplea en la esfera del derecho internacional y contra Estados. Significa una retirada llamativa de los Estados – es decir, de las burocracias gubernamentales – de su posición superior de soberanía cuando se confronta a litigantes privados en base de igualdad ante una corte de arbitraje”³⁵⁵. Para Portmann, la cuestión de la personalidad

³⁵¹ Este proceso no es posible de momento ya que sólo Estados Unidos es parte del Convenio de Washington. Canadá firmó en 2006 pero aún no ha ratificado. No obstante, el inversor puede acudir a esta institución a través de las Normas Adicionales siempre que la parte demandada sea Estados Unidos.

³⁵² Ver capítulo 2, *supra*.

³⁵³ Así lo defendió la CIJ en el caso ELSI. Ver SORNARAJAH, M. *International Law on Foreign Investment*. op. cit. p. 253.

³⁵⁴ MALANCZUK, P. “Multinational Enterprises and Treaty Making” op. cit. p. 69.

³⁵⁵ WAELDE, T. op. cit. pp. 13-14. También citado en MALANCZUK, P. op. cit. p. 70.

jurídica internacional no adquiere un papel relevante en el caso de los arbitrajes iniciado al amparado de los BITS³⁵⁶. Por su parte, en su trabajo de 1991, Carrillo Salcedo reconoce que la posibilidad abierta por el CIADI a las personas jurídicas para acudir al arbitraje internacional significa reconocerles una “cierta” subjetividad jurídica internacional pero matiza que se trata de una práctica “fragmentaria y, en todo caso, de una subjetividad internacional *limitada*”³⁵⁷.

Por supuesto, desde la concepción *estatalista* del derecho internacional (que considera los Estados como los únicos sujetos de derecho internacional, mientras que los individuos y otras personas privadas son meros objetos de éste) se rechaza de plano el objeto de este debate. Máxime si se considera que, en base a esta perspectiva, los tratados internacionales nunca crean derechos individuales (esto es, aplicable directamente a personas privadas), sino que, en su caso, obligan a los Estados parte a garantizar dichos derechos a los individuos en sus sistemas jurídicos internos³⁵⁸. Se puede considerar que la acción directa de las corporaciones ante tribunales internacionales se ejerce, en su mayoría, ante el CIADI (que es un organismo creado en virtud del Convenio de Washington, un tratado internacional) y, asimismo, en una gran parte de los casos media un tratado bilateral que refuerza este derecho del inversor. Partiendo de estas premisas, desde la postura *estatalista* se podría presentar el argumento antes descrito (los tratados no crean derechos directos para los individuos) con el efecto de rechazar que este tipo de *locus standi* reconozca una personalidad internacional a los inversores extranjeros. Un caso presentado como precedente para esta postura es la opinión consultiva de la CPJI en el asunto del tratado firmado entre Polonia y Danzig en 1928³⁵⁹. La Corte debía pronunciarse sobre si el tratado³⁶⁰, firmado entre las dos partes en el marco de un acuerdo para que las vías de tren de Danzig fueran administradas por Polonia, creaba derechos directos para trabajadores de Danzig. El fallo está rodeado de polémica, ya que su redacción tiene un carácter abierto que hace difícil interpretarlo en un sentido u otro. Para algunos autores, esta opinión es una manifestación estricta de la concepción *estatalista* del derecho internacional, mientras que otros aseguran que, al contrario, permite una ampliación a la noción de personalidad internacional, pues ejemplifica la aplicación directa del derecho internacional a los individuos³⁶¹. Resulta apropiado seguir aquí la primera postura, defendida además por uno de los

³⁵⁶ PORTMANN, R. op. cit. p. 26

³⁵⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit. P 36. [cursivas del autor]

³⁵⁸ PORTMANN, R. *Legal Personality in International Law*. op. cit. p. 46.

³⁵⁹ *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (Advisory Opinion), 1928 PCIJ Series B No. 15, en 17-18. Los detalles del caso y un análisis del mismo se encuentran en PORTMANN, R. op. cit. pp. 68-73.

³⁶⁰ 'Definite Agreement Regarding Officials' o *endgültiges Beamtenabkommen*, 22 de octubre de 1921, reproducido en las Series de la CPIJ: 1928 PCIJ Series B No. 15, en pp. 37-43. Citado en PORTMANN, R. op. cit. p. 69.

³⁶¹ PORTMANN, R. *Legal Personality in International Law*. op. cit. P. 68.

presidentes de la Corte en aquel momento y uno de los redactores de la opinión, Anziolitti. Según éste, el dictamen de la Corte venía a decir que un tratado no podía crear derechos individuales, sino obligar a las partes a incorporar normas que de manera subsecuente crearan derechos individuales en el sistema jurídico interno³⁶². Este razonamiento, *mutatis mutandi*, podría aplicarse desde esta perspectiva al derecho de las corporaciones a acudir ante tribunales internacionales, que deriva de tratados internacionales, bien el Convenio de Washington o los tratados bilaterales. Otra cuestión es la de los contratos de Estado que incluyen cláusulas de arbitraje y, al margen del proceso mencionados, derivan en la creación de un tribunal *ad hoc* bajo las normas de la CNUDMI³⁶³, aunque lo cierto es que tales procesos son menos frecuentes en la actualidad. El mismo enfoque es usado por la doctrina que rechaza la subjetividad internacional de los individuos en virtud de su participación directa ante tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, Dominicé considera que los procesos particulares en virtud de los cuales las personas privadas pueden denunciar la violación del derecho internacional, en su detrimento, por parte de un Estado (por ejemplo, en materia de protección de los derechos humanos) son procesos “puntuales y precarios” porque desaparecen cuando los tratados de los que dependen deja de estar en vigor para un Estado parte³⁶⁴.

Reflexión final

Los argumentos expuestos a lo largo de estas líneas constituyen, no obstante, unas pinceladas que representan la opinión contraria a la personalidad jurídica de las ETN en virtud de su *locus standi* a nivel internacional. Si se observa el contenido total del presente capítulo, el abanico de razones expuestos a un lado del debate (a favor) es más sustancioso que los argumentos presentados en contra, y ello podría dar la sensación (justificada) de que la balanza está descompensada, e incluso sesgada en favor de un extremo. El estado de la cuestión no responde a este motivo, sino a otro más sencillo: es más frecuente encontrar referencias al tema de arbitraje Estado-inversor en conexión con la personalidad jurídica de las corporaciones cuando se va a hacer una defensa de este aspecto. Las opiniones en contra o escépticas, recogidas en manuales generales de la materia o que tratan la personalidad jurídica de las ETN de forma amplia y no intensa, son menos numerosas cuando se trata de encontrar un texto específico que las razone en detalle. Entrando en profundidad, se puede afirmar que los argumentos que de manera general se oponen a la personalidad jurídica de las

³⁶² Citado en *Ibíd.* p. 70.

³⁶³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Para más detalle sobre estos procesos, ver *supra*, capítulo 2.

³⁶⁴ DOMINICÉ, Christian, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, op. cit 163.

corporaciones se centran en la primera fase del debate: el carácter (internacional o nacional) de los contratos de Estado, que es además objeto central de análisis en los casos arbitrales, como se ha detallado en el segundo capítulo. Por el contrario, la parte doctrinal que defiende la subjetividad internacional de las ETN realiza un exhaustivo análisis de los argumentos, incluyendo para ello el *locus standi*. Se diría que, al contrario de lo que Clapham³⁶⁵ había afirmado, la carga de la prueba aún recae, por estado *de lege data*, en quienes apuestan por el reconocimiento de este estatuto pues el orden jurídico tiende a defender el *status quo* y es el cambio lo que requiere un esfuerzo mayor.

Conclusión de la Parte I

El debate en torno al estatuto jurídico internacional de las empresas transnacionales se desarrolla desde hace más de cuatro décadas sin que aún haya un acuerdo al respecto. Más allá de reconocer el rol esencial que estas entidades han alcanzado en el ámbito internacional, aspecto sobre el que no hay polémica, la cuestión reside en evaluar si a dicha posición como un actor internacional relevante se le puede sumar aquella en calidad de sujeto. El debate ha superado las fronteras de la teoría general del derecho internacional público (que establece los requisitos y cualidades de los sujetos internacionales) y ha recibido atención desde la perspectiva de los derechos humanos. En este contexto, el problema que se plantea es que al no ser destinatarias directas de las normas de derecho internacional, las ETN no están vinculadas al sector jurídico internacional que regula la protección de los derechos humanos. Y dado que gran parte de su actividad tiene lugar en países en desarrollo, donde a veces los mecanismos de garantía de estos derechos son más débiles, esta situación representa un problema. Algo similar ocurre, como se verá en la Parte II, con el derecho internacional del medio ambiente: las actividades de las corporaciones (en especial aquellas que comercian con recursos naturales) tienen un gran impacto en el medio ambiente de los países donde operan y, sin embargo, su regulación presenta numerosos obstáculos. Por este motivo, una parte importante de la doctrina aboga por reconocer el estatuto jurídico internacional a las corporaciones, para de este modo reforzar el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos por su parte. En general, dicha postura cree que además hay argumentos para ello, acudiendo a la capacidad procesal internacional de las corporaciones, a su influencia en procesos normativos relacionados con el comercio o la inversión o a los numerosos derechos de que son titulares en el plano internacional. En el extremo opuesto, también desde la perspectiva de los derechos humanos, hay quienes consideran que este estatuto podría multiplicar el poder fáctico que estas entidades

³⁶⁵ CLAPHAM, A. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. op. cit. p. 82

poseen, si se diera este paso sin ir acompañado de un fortalecimiento de los mecanismos de supervisión y control. Por último, una postura intermedia defiende superar la dicotomía entre sujeto y objeto de derecho internacional, para centrar el debate en las responsabilidades de las empresas transnacionales.

No obstante, el debate no sólo gira en torno a si sería o no “deseable” reconocer un estatus jurídico a las empresas transnacionales, sino si es “posible”, es decir, si hay argumentos para ello. El discurso se inserta entonces en el sector del derecho internacional comercial y de inversiones, en torno a dos cuestiones principalmente: en primer lugar, la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que las empresas establecen con los Estados y, en segundo lugar, su capacidad procesal para presentar demandas ante instancias internacionales cuando consideran vulnerados los derechos adquiridos en tales relaciones. El análisis de la cuestión, que se ha intentado sistematizar a partir de las razones esgrimidas por las posturas confrontadas, está lleno de complejidades. Los defensores de la personalidad jurídica internacional de las ETN defienden, *grosso modo*, que las relaciones establecidas entre estas entidades y los Estados están regidas por el derecho internacional. Asimismo, alegan como argumento la capacidad procesal de las corporaciones ante instituciones internacionales de arbitraje, como el CIADI, y defienden que en estos procesos, las entidades se ubican en un plano de igualdad frente a los Estados. Los numerosos derechos que las empresas pueden hacer valer en estos procesos, adquiridos bajo los llamados “contratos de Estado” o en el marco de los tratados bilaterales de inversión, suman razones para, como afirman quienes abogan por esta posición también desde la perspectiva de los derechos humanos, reconocer en el plano oficial lo que en el ámbito de las relaciones fácticas se abre camino. Sin embargo, el debate no queda aquí cerrado, pues también existen argumentos en el otro extremo del mismo. Numerosos autores cuestionan la naturaleza de las relaciones contractuales empresa-Estado como un instrumento internacional regido por el ámbito del derecho internacional y también dudan de que la existencia de esos procesos de arbitraje donde la entidad privada exige compensación a los Estados sea un elemento decisivo para otorgar una personalidad internacional. También se ubican en este punto las posturas que reivindican derechos de soberanía estatal como la soberanía permanente sobre los recursos naturales, como contraposición a esa “primacía” de las obligaciones internacionales que se argumentaba desde el otro lado.

Queda, pues, el debate sin una respuesta cerrada. Permanece inconcluso en ambas de sus dimensiones, ya que no sólo sigue la incógnita de si se puede considerar que las empresas transnacionales debe tener un estatus jurídico internacional sino aquella relacionada con su

conveniencia. A primera instancia podría considerarse que sí es necesario y conveniente, dadas las dificultades que afrontan los Estados para controlar a las empresas extranjeras que operan en su territorio y considerando además que la tensión entre los derechos de los inversores y los derechos humanos (económicos, sociales y culturales, en su mayoría), tiende a resolverse a favor de los primeros. Wouters ha hablado de las colisiones entre el derecho internacional de inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos³⁶⁶. Por su parte, Zavala Salgado ha señalado que “el crecimiento de la actividad económica a escala mundial normalmente suele saldarse con un aumento del daño al medio ambiente”, situación de la cual, según explica, ha surgido la creación del Comité sobre el comercio y el medio ambiente dentro de la OMC³⁶⁷. Con este panorama, es más que tentadora la propuesta de exponer a las empresas transnacionales en el plano jurídico internacional con todas las exigencias y la rendición de cuentas que soportan otros sujetos. Con ello se rompería la “estrategia de invisibilización” de la que hablaba Cutler y dejarían de filtrarse las responsabilidades de estas entidades a través de los Estados. El reto que no hay que olvidar es, no obstante, que junto a esas “exigencias” de la subjetividad internacional coexisten unas ventajas que podrían reforzar aún más el poder de estas entidades y que, por lo tanto, sería necesario preparar con fuerza los instrumentos de control e implementación del derecho internacional para que el resultado fuese el deseado y no el contrario.

³⁶⁶ Para una presentación del panorama desde una postura no radicalmente crítica con las ETN, por ejemplo, ver WOUTERS, Jan; CHANET, Leen, “Corporate Human Responsibility: a European Perspective”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2008, vol. 6, núm. 2, p. 262.

³⁶⁷ ZAVALA SALGADO, Jorge. ZAVALA, Jorge. *Tratados internacionales sobre desechos peligrosos: técnicas del Convenio de Basilea de 1989 para evitar los problemas de incompatibilidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001, p. 81. Para un análisis de la cuestión, MARCEAU, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *EJIL*, 2002, vol. 13, núm. 4, pp. 753-814; PETERSMANN, Ernst-Ulrich, ‘Human Rights and the Law of the World Trade Organization’, *Journal of World Trade*, 2003, vol. 37, núm. 2, pp. 241-281; LIM, Hoe, ‘Trade and Human Rights: What’s at Issue?’, *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, núm. 2, pp. 275–300.

Parte II: La aplicación del derecho internacional del medio ambiente a las empresas transnacionales

Introducción

Si bien no hay acuerdo sobre el estatus jurídico internacional de las ETN, hay pocas dudas de que sus actividades tienen un fuerte impacto en el país donde operan, mostrando a veces efectos negativos sobre los derechos humanos de la población, de manera directa o indirecta. En un momento en que los mecanismos de control y rendición de cuentas se muestran aún insuficientes, cabe preguntarse por las opciones que el derecho internacional ofrece en su estado actual. Aunque no es desde luego el más frecuente, un prisma desde el que se puede observar esta cuestión es el derecho internacional del medio ambiente. Los proyectos de las empresas transnacionales, especialmente del sector extractivo, suelen acarrear un impacto ambiental que no sólo afecta a la naturaleza del territorio donde operan sino, con ello, a la población local. Por este motivo, no es novedad que se reconozca la relación entre el deterioro medioambiental y algunos derechos humanos, considerándolos como elementos interdependientes. Desde esta visión “intersectorial” se puede comprender la posibilidad de que una mejor protección del medio ambiente pueda contribuir a mejorar la protección de los derechos humanos vinculados a éste.

De este modo, la presente Parte II se desarrollará en tres capítulos. El primero de ellos tratará de exponer las principales normas y principios generales del derecho internacional del medio ambiente (DIMA), en especial aquellas que son de interés para controlar o minimizar los efectos ecológicos perjudiciales de las empresas transnacionales. El segundo capítulo analizará una de las vías que permiten vincular las normas de este sector jurídico con las corporaciones. Dado que aún no se ha reconocido el estatus jurídico internacional de estas entidades, la vía más consolidada es la aplicación del derecho internacional a través de la responsabilidad *in vigilando* de los Estados. A este respecto, el derecho internacional del medio ambiente regula el deber de los Estados de prevenir el daño ambiental transfronterizo mediante la obligación de debida diligencia. No obstante y a pesar de su importancia, el control de la contaminación transfronteriza no responde a todas las situaciones que plantean las actividades de las empresas transnacionales, pues en muchas ocasiones los daños sobre el medio ambiente permanecen dentro de las fronteras de un Estado. Aunque tales empresas sean extranjeras, se trata de un tipo de contaminación intra-fronteriza que no encaja en el

deber de debida diligencia tal y como lo recoge el derecho internacional. La alternativa a este “vacío” normativo se encuentra en la existencia de una tendencia normativa en el derecho internacional a poner límites a la contaminación dentro de las fronteras estatales. Esta tendencia se explicará en el tercer capítulo, donde además, finalmente, se explicará su vinculación con la protección de los derechos humanos, para cerrar así la argumentación*.

Capítulo 1: Normas y principios generales del medio ambiente. Controlando el impacto de las empresas transnacionales

No es objeto de estas páginas hacer una descripción del derecho internacional del medio ambiente, de sus características³⁶⁸ ni tampoco de su evolución histórica³⁶⁹. No obstante, sí resulta pertinente señalar, a modo de breve introducción, los momentos históricos que han sido considerados por la doctrina como 'hitos' en la evolución del derecho internacional del medio ambiente, pues contribuyeron a forjar los principios internacionales y obligaciones consuetudinarias que actualmente se aplican en el ámbito. Entre los hitos de la historia del derecho internacional del medio ambiente destacan la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo y otros avances o iniciativas desarrollados a lo largo del siglo XXI.

1.1. Hitos en el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente

1.1.1 Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano³⁷⁰

Esta conferencia ha sido considerada el pistoletazo de salida para el derecho internacional del medio ambiente como una nueva rama del derecho internacional³⁷¹. En efecto, aunque con anterioridad se

* La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente requiere un examen exhaustivo que no tiene cabida en estas páginas, junto con el resto de temas que se han recogido y que son necesarios para la argumentación. Por ello, se hará una presentación del discurso, acompañado de algunos ejemplos que lo ilustran, con la intención de desarrollar el tema en un futuro trabajo de investigación.

³⁶⁸ Ver, por ejemplo, MARINO MENÉNDEZ, Fernando. “La protección internacional del medio ambiente” En: DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid: Tecnos, 2009. pp.765-7; MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Medio ambiente. Protección y Responsabilidad*. Madrid: Dilex, 2007, pp. 23-33, 47-9. LÁZARO CALVO, Trinidad. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Barcelona: Atelier, 2005.

³⁶⁹ La mayoría de monografías sobre la materia recogen la evolución histórica de esta rama del derecho internacional público. Por mencionar algunos, BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. 4ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2008 (esp. Cap. 2); MARINO MENÉNDEZ, F. op. Cit.; LÁZARO CALVO, T. op.c it.

³⁷⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Del 6 al 15 de junio de 1972. Asisten 113 Estados, representantes de órganos de la ONU y de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

³⁷¹ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 138. En este sentido, también DIMENTO, Joseph F. *The global environment and*

habían celebrado diferentes tratados internacionales destinados a la protección de sectores determinados y problemas específicos³⁷², la *Conferencia de Estocolmo* impulsó la protección del medio ambiente desde un enfoque global en dos sentidos: en el participativo (alcance universal) y en el ámbito de protección, tal y como refleja el Principio 2 de la *Declaración sobre el medio humano*³⁷³, el texto más relevante surgido de la cumbre y que el profesor Mariño define como un “principio programático medioambiental”³⁷⁴. A lo largo de sus 26 principios, la *Declaración* de Estocolmo recoge algunos de los preceptos que con posteridad se han convertido en costumbre internacional o en principios informadores del derecho internacional. De ellos, el más importante es el deber de no causar daños transfronterizos, una aplicación del principio jurídico internacional *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el Principio 21 de la citada Declaración, y del que se hablará más adelante. Asimismo, la redacción de este principio constata la emergencia de una perspectiva que se ha convertido en núcleo del derecho internacional del medio ambiente, el enfoque preventivo (llamado también principio de prevención). Aunque sobre ambos temas se profundizará más adelante, sí cabe precisar que es durante la Conferencia de Estocolmo cuando se empieza a trabajar en la protección del medio ambiente desde un enfoque preventivo, en un sentido que queda reflejado a lo largo de los siete primeros principios del documento³⁷⁵. Como afirma la profesora Trinidad Lázaro, los tratados internacionales celebrados con anterioridad estaban destinados a resolver los problemas *a posteriori*.³⁷⁶ Durante la Cumbre de 1972 se madura la conciencia de que es mejor actuar con medidas anticipatorias que reparatorias, dado además el carácter con frecuencia irreversible o irreparable del daño en lo ambiental³⁷⁷. En este contexto, el principio 24 de la Declaración recoge otra máxima que, junto con la preventiva, constituye la espina dorsal del DIMA: el principio de cooperación, desarrollado luego en la Resolución de la AG sobre “Cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente”³⁷⁸. Por último, la Conferencia de Estocolmo fomentó la visión interconectada entre la biosfera y el ser humano, partiendo de una

international law. Austin: University of Texas, 2003, p. 24.

³⁷² Desde finales del S. XIX comenzaron a firmarse tratados internacionales sobre temas específicos (especialmente, la protección de vida salvaje y algunos recursos acuáticos) y no fue hasta la mitad del siglo XX y en concreto, la *Convención sobre la Biosfera* convocada en 1968, cuando se abrió la puerta a la protección del medio ambiente a escala mundial. Ver MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 763; DIMENTO, J. op. cit. pp. 14-16. SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 27

³⁷³ A/CONF.48/14/Rev.1 y Corr.1, Cap. 1.

³⁷⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 764.

³⁷⁵ LÁZARO CLAVO, T. op. cit. p. 153.

³⁷⁶ La autora explica que en el Derecho del Mar había contadas excepciones, como el *Convenio para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, de 1954. *Ibid.* p. 256.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 255.

³⁷⁸ Res de la AG 1995 (XXVII) de 15 de diciembre de 1972. LÁZARO CLAVO, Trinidad. op. cit. p. 267; y MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 768.

concepción antropocéntrica del medio ambiente³⁷⁹, en base a la cual se analizó la relación entre el medio ambiente y el desarrollo, un tema imbricado en la tensión entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo (PVD), escépticos respecto del motivo y efectos de la Cumbre³⁸⁰. Por otra parte, se resaltó la inevitable relación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos fundamentales, para los cuales son “esenciales” los “dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial”, según cita el punto 1 del Preámbulo de la Declaración.

Aunque las Declaraciones no son instrumentos vinculantes ni considerados fuentes de derecho internacional *per se*, la inclusión de los principios mencionados en la de Estocolmo no es baladí pues, como señalan Birnie y Boyle entre otros muchos autores, instrumentos de este tipo contribuyen al desarrollo del derecho internacional, ya sea impulsando el desarrollo de la práctica estatal, aportado evidencias de derecho existente o reflejando la intención de crear derecho necesaria para la evolución de nuevas normas consuetudinarias³⁸¹. Asimismo, los principios programáticos recogidos en la Declaración tuvieron también reflejo institucional. Así, la Cumbre de Estocolmo, en coherencia con el principio de cooperación recogido en el principio 24 de la *Declaración*, aprobó la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)³⁸², destinado a proporcionar el marco para promover la cooperación internacional en la evolución de políticas medioambientales y de desarrollo. En su primera etapa, este organismo elaboró importantes documentos, como los “Principios de conducta en el campo del medio ambiente” de 1978 y el Programa de Montevideo para el desarrollo y revisión periódica del Derecho al Medio Ambiente³⁸³.

³⁷⁹ Como dice el punto 5 del Preámbulo de la Declaración: “De todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso”.

³⁸⁰ La delegación de Brasil ante la ONU llegó a declarar que “la Conferencia es un show del hombre rico para desviar la atención de las auténticas necesidades de los países en desarrollo”, según recoge Lars-Goran Engfeldt “The United Nations and the Human Environment. Some experiences”, citado por LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 149. Esta polémica sería resuelta con la inclusión e insistencia del principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, recogido en el Principio 21.

³⁸¹ BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law and the Environment*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2002, p. 11. Sobre la relevancia de las Declaraciones de OOII, por ejemplo, KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*. 3ª ed. Ardsley (New York): Transnational Publishers, 2004, pp 91-94; SANDS, P. op. cit. pp. 142-3. ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás. *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujeto*. Madrid: IEPALA, 2005, p. 53; MANERO SALVADOR, Ana. “Cuestiones jurídicas sobre el derecho al desarrollo como derecho humano”. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, (Dykinson) 2006, núm. 15. p. 266.

³⁸² Creada mediante la Res 2997 (XXVII) , de 15 de diciembre de 1972.

³⁸³ LÁZARO CALVO, T. op. cit. pp. 144-5 y MARIÑO MENÉNDEZ F. op. cit. p. 763.

1.1.2 Conferencia sobre Medio Ambiente y desarrollo (Río de Janeiro)³⁸⁴

El antecedente inmediato de este encuentro fue el Informe “Nuestro Futuro Común”, publicado en 1987 por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidida por el Primer Ministro noruego G. H Brundtland. En éste se definió el concepto de 'desarrollo sostenible'³⁸⁵, introduciendo la noción de *sostenibilidad* en el ámbito de la protección ambiental. La *Declaración de Río*³⁸⁶ recoge este concepto en su Principio 8, como un precepto para guiar el trabajo de la ONU, aunque no desarrolla más al respecto. Son los otros dos instrumentos abiertos a la firma durante la Conferencia (el *Convenio Marco sobre el Cambio Climático*³⁸⁷ y la *Convención sobre la Biodiversidad*³⁸⁸) los que más lo tratan, como un límite al uso del agua, la tierra y otros recursos naturales.³⁸⁹

La relevancia de la Conferencia de Río ha sido subrayada por gran parte de la doctrina, debido a la masiva asistencia (estuvieron representadas casi todas las naciones del mundo, instituciones de la ONU y numerosas ONG)³⁹⁰, y especialmente porque el texto resultante, la *Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, reflejó el consenso entre los PVD) y los desarrollados sobre la necesidad de buscar en común normas para la protección medioambiental³⁹¹. Así, por ejemplo, el principio 7 de la Declaración recoge el 'principio de responsabilidad común pero diferenciada' (elemento que parece invitar a una mayor participación de los PVD), que tiene en cuenta tanto el grado de capacidad para responder a las exigencias de la protección del medio ambiente como, y especialmente, la distinta “contribución” de los Estados a su degradación. Los países desarrollados deberían, por tanto, sostener las principales cargas económicas, si fuera necesario a través de mecanismos de financiación global³⁹². Se trata, en palabras de Birnie y Boyle, de un balance equitativo entre los países en desarrollo y los desarrollados, en dos sentidos: “establece estándares menores para los países en desarrollo y hace la ejecución de dichos estándares dependientes de la

³⁸⁴ *Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Celebrada en Río de Janeiro entre el 6 y 14 de junio de 1992.

³⁸⁵ Desarrollo sostenible es aquel “que satisfaga las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, *Nuestro futuro común*, Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 29. cit. en LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 281. Sobre el Informe Brundtland, ver también BIRNIE, P; BOYLE, A. op. cit. pp. 563-64. Disponible en <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm> [último acceso, 5/4/2012].

³⁸⁶ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I), Annex I.

³⁸⁷ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Aprobado el 9 de mayo de 1992.

³⁸⁸ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Aprobado el 5 de junio de 1992.

³⁸⁹ BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan., op. cit. p. 88. Las dos convenciones citadas, programadas en un principio para ser parte de la Conferencia de Río de Janeiro, fueron separadas de ésta debido a su carácter polémico. Siguió un proceso paralelo aunque se abrieron a firma durante la Cumbre. LÁZARO CALVO, T. op. cit. pp. 282-3.

³⁹⁰ *Ibid.* p. 283.

³⁹¹ BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. pp. 82, 83.

³⁹² MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 764; BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 81. SANDS, P. op. cit. p. 286.

provisión de asistencia solidaria por parte de los países desarrollados”³⁹³. Este principio tiene mejor reflejo en los Convenios sobre la Capa de Ozono³⁹⁴, sobre Biodiversidad y sobre Cambio Climático³⁹⁵, en este último, especialmente, en el Protocolo de Kioto firmado en 1997. En este contexto de cambio climático está bien aceptado un diferente grado de cuidado exigido según el nivel de desarrollo y cuidado del país³⁹⁶. No obstante, la doctrina duda en afirmar que se trate de un principio reconocido del derecho internacional del medio ambiente. Para Lázaro Calvo se encuentra en proceso de gestación³⁹⁷ y para Birnie y Boyle hay que entenderlo en el contexto de la negociación de regímenes regulatorios, sin olvidar que no es válido para todos los ámbitos de regulación ambiental, pues está descartado en algunas obligaciones internacionales, como las relativas a las actividades ultrapeligrosas, la contaminación por barcos o el vertido de desechos al mar³⁹⁸. Cabe señalar que el principio de *trato desigual* sí está consolidado en otras áreas del derecho internacional, como por ejemplo en el sistema multilateral de comercio, donde, a partir de la constatación de las situaciones específicas de los países desarrollados (PD) y los países en desarrollo, permite establecer mecanismos jurídicos diferenciados para ambas categorías³⁹⁹.

Otros principios recogidos en la Declaración satisfacen los intereses de los países desarrollados, como el principio de precaución, recogido en el Principio 15. Supone un avance importante respecto al enfoque preventivo inaugurado en la Declaración de Estocolmo, pues no sólo implicar prevenir los daños sino también los riesgos de posibles daños. En la declaración de Río, la precaución se conecta, además, con el requisito de participación pública (principio 10), con la incorporación de la ciencia al proceso de adopción de decisiones (establecido en la Agenda 21⁴⁰⁰) y con la evaluación de impacto ambiental (recogido en el Principio 17 de la Declaración)⁴⁰¹, que se convertirá en una obligación internacional en el ámbito.

³⁹³ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 101. [Traducción propia]

³⁹⁴ Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Aprobado el 22 de marzo de 1985.

³⁹⁵ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 100-101. También, para un análisis general de este principio, ver LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 404-412.

³⁹⁶ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 409; El principio de responsabilidad común pero diferenciada aparece en el artículo 3.1 del Convenio Marco para el Cambio Climático. Ver VOIGT, Christina, “State Responsibility for Climate Change Damages”, *Nordic Journal of International Law*, 2008, vol. 77. p. 13.

³⁹⁷ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 411.

³⁹⁸ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 103

³⁹⁹ Hay que precisar que el término *trato desigual* ha experimentado dentro de este ámbito un proceso importante de evolución, desde su inserción primera en el GATT hasta su adaptación a las prioridades de la OMC. De forma genérica, Ana Manero define trato desigual como el “instrumento a través del cual se reconoce la especificidad de las respectivas situaciones de los PD y los PVD en el sistema multilateral de comercio”. Ver MANERO SALVADOR, Ana M^a. *El principio de trato desigual en el sistema multilateral de comercio*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2004. p. 146.

⁴⁰⁰ Agenda 21, A/CONF.151/26 Rev. 1 (vol. I). Anex II. Capítulo 35, puntos 35.5, 36.5.c.

⁴⁰¹ LÁZARO CALVO, T. op.cit. pp. 297,298.

1.1.3. Avances en el panorama actual

Desde los albores del siglo XXI, la Comunidad Internacional ha llevado a cabo diversas iniciativas encaminadas a demostrar que el medio ambiente está incluido en la agenda de prioridades. A continuación, se enumeran algunos de los instrumentos o iniciativas más relevantes:

Pacto Mundial (Global Compact)⁴⁰²: En 1999, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Anan, sugirió desarrollar un instrumento político estratégico que vinculara a las empresas transnacionales con los principales retos sociales y medioambientales. El resultado de esta iniciativa es un documento compuesto por 10 principios en torno a cuatro áreas (derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anti-corrupción) al que las corporaciones se adhieren de manera voluntaria⁴⁰³. Los tres principios medioambientales se basan en la Conferencia de Río y son el principio precautorio, la promoción de la responsabilidad ambiental y el desarrollo y difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

Los Objetivos del Milenio⁴⁰⁴: Con la entrada del siglo XXI se produjo una nueva declaración global de intenciones. En septiembre de 2000 la Cumbre Mundial del Milenio dio lugar a una Declaración que incluía 8 objetivos principales para ser cumplidos antes de 2015. Entre ellos se encuentra la protección del medio ambiente común desde el objetivo de desarrollo sostenible⁴⁰⁵. No obstante, se trata de una serie de compromisos políticos y no legalmente vinculantes que, además, se han mostrado inalcanzables según revelan las sucesivas cumbres realizadas desde entonces (2005, 2008 y 2010). La declaración de la AG tras la conferencia de 2010 así lo constata⁴⁰⁶.

Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible: Celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) en 2002, este encuentro mundial constata la consolidación que la perspectiva del “desarrollo sostenible” ha obtenido en la protección internacional del medio ambiente. Al menos, a nivel institucional⁴⁰⁷, pues la doctrina difiere sobre la efectividad del concepto de sostenibilidad y sobre las intenciones que

⁴⁰² “Secretary General Proposes Global Compact on Human Rights, Labor, Environment, in address to World Economic Forum in Davos”. Press Release SG/SM/6881, 1 febrero, 1999.

⁴⁰³ Se puede consultar la página oficial del Global Compact en <http://www.unglobalcompact.org/> y la red española del Pacto Mundial en <http://www.pactomundial.org> [último acceso a ambos, 20/5/2012].

⁴⁰⁴ Declaración del Milenio. A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

⁴⁰⁵ *Íd.* Punto IV, párrafs. 21-23.

⁴⁰⁶ . “celebramos los progresos realizados desde que nos reunimos por última vez aquí en 2005, al tiempo que expresamos profunda preocupación porque aún están muy lejos de cubrir las necesidades”. A/RES/61/L.1, párraf 1.

⁴⁰⁷ Este concepto fundamenta el trabajo de la ONU a través del PNUMA y de la Agenda 21. De hecho, según recoge Brownlie, autores como Cassese consideran el “desarrollo sostenible” como una “directriz general” establecida en documentos de “soft law”. Es un concepto que debe servir de guía a los Estados en la definición y desarrollo de sus políticas. Ver BROWNLIE, I. op. cit. p. 278.

subyacen a su actual uso⁴⁰⁸. En cualquier caso, la Cumbre concluyó con la aprobación de la *Declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible* y un Plan de Acción para implementar los principios enunciados en la declaración, que, entre otros, incluyen la erradicación de la pobreza y el cambio de las pautas de consumo (punto 11), la emancipación de la mujer (punto 20) o el compromiso para implementar el Programa 21 y los Objetivos del Desarrollo del Milenio (punto 30). Este Plan de Acción ha sido criticado por su carácter en exceso general y la escasez de acciones precisas⁴⁰⁹. Como aspecto negativo, las negociaciones de la Cumbre no lograron recabar el apoyo necesario para el Protocolo de Kyoto⁴¹⁰, que no entró en vigor hasta febrero de 2005⁴¹¹.

Cumbres sobre el Cambio Climático (Cop 1-17): En diciembre de 2011 tuvo lugar en Durban (Sudáfrica) la 17ª Conferencia de las Partes del *Convenio sobre el Cambio Climático* (1992). Al igual que las ediciones anteriores (en Cancún, Copenhague, Poznan, Bali, etc.) estuvo protagonizada por los esfuerzos negociadores para desarrollar un marco normativo post-Protocolo de Kyoto, pues expiraba en 2012. El encuentro concluyó con retraso y con un acuerdo que posponía la resolución de los conflictos. De este modo, las partes acordaron crear el Grupo de Trabajo de la Plataforma de Durban, que prepare para 2015 un nuevo acuerdo que vincule a las partes a reducir las emisiones de CO₂⁴¹². En cuanto al Protocolo de Kyoto, se resolvió prorrogar los compromisos pero sin los tres países más reacios: China, EEUU e India⁴¹³.

1.2. Principios generales del derecho internacional del medio ambiente

La doctrina ha reconocido de manera clara dos principios generales propios del derecho internacional del medio ambiente: el principio de prevención y el principio de cooperación, que constituyen, en palabras de Lázaro, la “columna vertebral” de esta rama del derecho internacional⁴¹⁴. Asimismo, hay otros principios que, pese a no estar plenamente consolidados,

⁴⁰⁸ Desde varias posturas, la noción de “sostenibilidad” se considera como una manera de “lavar la imagen” del capitalismo, a través de la noción de un “capitalismo verde” y del uso interesado (y degradado) del adjetivo “sostenible”. Ver, TROMAS, Stephen. “Sustainable development”, *UK. Environmental Association e- Journal*, 2004, núm 18, p. 10. Disponible en internet: <http://www.ukela.org/> [Último acceso, 29/12/2012]; GUERRA PALMERO, Mª José. “Sostenibilidad global y justicia ecosocial: la tarea pendiente”. En: GUERRA, MªJ y ORTEGA, C. (coords) *Globalización y neoliberalismo: un futuro inevitable?* Oviedo: Nobel, 2002. pp. 201-206.

⁴⁰⁹ SANDS, P. op. cit. p. 66.

⁴¹⁰ Protocolo a la Convención marco sobre el Cambio Climático, aprobado el 10 de diciembre de 1997.

⁴¹¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. pp. 764 y 782.

⁴¹² Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 17º periodo de sesiones, celebrado en Durban, del 28 de noviembre al 11 de diciembre de 2011. “Decisión 1/CP.17. Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada”, párrafs. 3-6.

⁴¹³ Ver información en http://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/durban/index_en.htm y en <http://unfccc.int/meetings/items/6240.php> [Últimos accesos, 2/3/2012]

⁴¹⁴ LÁZARO CALVO, T. op.cit. pp. 256, 262 y 269. Sobre el reconocimiento de ambos principios, ver también

tienen una influencia considerable en la elaboración de tratados internacionales y otros instrumentos e iniciativas. Como bien afirma Sands, “es con frecuencia difícil establecer los parámetros o el estatus legal internacional preciso de cada principio o norma. Algunos principios o normas reflejan derecho consuetudinario, otros pueden reflejar obligaciones legales emergentes y otros pueden tener un estatus legal menos desarrollados”⁴¹⁵. La clasificación de la doctrina entre 1999 y 2001 hecha por la profesora Jiménez de Parga y Maseda⁴¹⁶ refleja la divergencia de opiniones de una cuestión que, como el propio Derecho Internacional del Medio Ambiente, está en evolución y cambio. Así pues, con objetivo de ceñir la exposición a una clasificación concisa, se recogen aquí como principios firmemente establecidos en el DIMA el principio de prevención y el de cooperación. Se incluyen como principios de estatus diversos (en formación, de carácter regional o sin acuerdo doctrinal) pero con relevancia clara, los principios de desarrollo sostenible y de precaución.

1.2.1. El principio de prevención.

Ya se ha explicado cómo este principio surgió a raíz de la Conferencia de Estocolmo de 1972, cuando se comenzaron a fomentar las medidas anticipatorias en lugar de los tradicionales esfuerzos de reparación *a posteriori*, aunque anteriormente este concepto ya aparecía en algunos textos internacionales⁴¹⁷. La prevención se definiría, por tanto, como la “obligación que tiene cualquier Estado de adoptar las medidas que sean necesarias para evitar que pueda surgir cualquier daño al medio ambiente, sin que necesariamente el daño tenga que ser significativo o transfronterizo”⁴¹⁸. Como apunta Sands, el contenido de este principio es amplio y complejo, debido a la diversidad y volumen de instrumentos legales que lo recogen. Es mejor, por tanto, considerarlo como un “objetivo central que da lugar a multitud de mecanismos legales, incluyendo la evaluación previa de daño ambiental, licencias o autorizaciones, que establecen las condiciones para operar y las consecuencias de la violación de tales condiciones”⁴¹⁹. La finalidad de este principio es “evitar que el daño pueda llegar a producirse”, en palabras de Jiménez de Parga y Maseda⁴²⁰. La profesora explica que, desde el punto de vista epistemológico, este principio supera el modelo curativo (de remedio o compensación) y se ubica en un estadio anterior al anticipativo. La razón es que la prevención “se

BIRNIE P., BOYLE, A. op.cit. p. 104; MEDINA DE LEMUS, M. op. cit. pp. 40-41.

⁴¹⁵ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. pp. 231-2.

⁴¹⁶ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia. *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*, La ley: Madrid, 2001. pp 43-5.

⁴¹⁷ En 1954 se firmó la *Convención Internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, modificada en 1962 y 1969, ampliando el rango de zona de protección.

⁴¹⁸ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 255.

⁴¹⁹ SANDS, P. op. cit. p. 204. [Traducción propia].

⁴²⁰ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. op. cit. p. 61.

apoya en la certeza científica del riesgo de daño ambiental”, una diferencia muy relevante que lo distancia del principio, aún emergente, de cautela o precaución⁴²¹.

Desde su impulso en Estocolmo, la estrategia de prevención ha sido incorporada a numerosos tratados internacionales en todas las áreas de protección ambiental, desde el derecho del mar (donde encuentra gran repercusión) hasta la conservación de la fauna (art 3.4 del *Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje* de 1979) y los recursos naturales (art 11 del *Acuerdo ASEAN sobre la Conservación de la naturaleza y los recursos naturales*⁴²², de 1985). En el ámbito de protección del medio marino tienen relevancia el *Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves* (1972)⁴²³ y la *Convención sobre el Derecho del Mar* de 1982 (CONVEMAR) (en su parte XII y, en concreto, parece deducirse del artículo 204)⁴²⁴. No obstante, como se explicará en el siguiente apartado, es en el ámbito de la contaminación transfronteriza donde ha llegado a dar lugar a una norma consuetudinaria⁴²⁵. Aunque cabe reiterar que, conforme al principio preventivo *per se*, los Estados deben evitar la contaminación dentro de su propia jurisdicción y no sólo fuera de sus fronteras⁴²⁶, lo que valdrá para defender, en el tercer capítulo de esta parte, la emergencia de una tendencia normativa internacional a limitar la contaminación dentro de las fronteras estatales⁴²⁷. Es, además, un principio que guía la actuación de las Naciones Unidas, a través de su programa especializado PNUMA⁴²⁸.

A partir de 1992 y la Conferencia de Río, las obligaciones derivadas de la prevención se amplían hasta abarcar el concepto de riesgo, quedando vinculada a la obligación de evaluación del impacto ambiental (EIA), una norma consuetudinaria que pasa a ser un elemento necesario de la debida diligencia de los Estados⁴²⁹. Jiménez de Parga y Maseda explica que la acción preventiva tiene por finalidad evitar los daños ambientales, para lo que es *necesario conocerlos anticipadamente* con el fin de poder adoptar las medidas adecuadas para que no se produzcan o aminorar sus efectos⁴³⁰.

⁴²¹ *Ibid.* pp. 60 y 63.

⁴²² Firmado en Kuala Lumpur el 9 de julio de 1985 aunque aún no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones.

⁴²³ Firmado en Oslo, el 15 de febrero de 1972.

⁴²⁴ Convenio sobre el derecho del Mar, firmado en Montego Bay, 10 de diciembre de 1982.. BIRNIE P., BOYLE, A. op.cit. pp. 351-2.

⁴²⁵ LÁZARO CALVO, T. op.cit. p. 260.

⁴²⁶ SANDS, P. op. cit. p. 246. LÁZARO CALVO, T. op. cit. pp. 254-5. KISS, A.; SHELTON, D., op. cit. p. 204.

⁴²⁷ Vid *infra*, Cap. 3.

⁴²⁸ El principio preventivo es una constante en las decisiones del Consejo de Gobierno del PNUMA. Ver, por ejemplo, la Decisión 6/16 del Consejo de Gobierno del PNUMA, 17 ILM (1978) 1097-1099; o la Decisión 10/14/VI del Consejo de Gobierno del PNUMA, de 31 de mayo de 1982. Citados en LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 232.

⁴²⁹ MARÍÑO M., F. op. cit. p. 776; LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 340. KISS, A., SHELTON, D. op. cit. p. 205.

⁴³⁰ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. op. cit. p. 69. [cursivas del original].

Así, la prevención, en su relación con el riesgo y la responsabilidad internacional, ha sido durante las últimas décadas objeto de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el marco de su labor codificadora de la responsabilidad internacional de los Estados, desarrollada entre los años 1973 y 2001. No hay que olvidar la importancia de esta Comisión, cuyos trabajos, como apunta el profesor Fernández Liesa, constituyen “textos de referencia de la práctica de los sujetos del Derecho internacional y de la interpretación jurídica”, además de contribuir a la codificación y desarrollo de esta materia⁴³¹. Pues bien, en el desarrollo de su trabajo en torno a la responsabilidad estatal, uno de los primeros hitos fue la percepción de que era necesario distinguir entre los diferentes ámbitos de la responsabilidad. En primer lugar, diferenciando la responsabilidad por hechos ilícitos (*wrongful acts*) y la responsabilidad por consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el derecho internacional (también llamada “responsabilidad por riesgo⁴³²”), tema este último que se encargó a un grupo de trabajo creado para tal fin en 1978⁴³³. Ese mismo año, la 30ª sesión de la CDI abarcó ambos asuntos. Por un lado, el borrador de artículos sobre responsabilidad por hechos ilícitos recoge, en su artículo 23, las consecuencias del “incumplimiento de la obligación de prevenir un hecho determinado”⁴³⁴, especificando dos requisitos para que emerja la responsabilidad: la ocurrencia del hecho y un nexo causal entre esta ocurrencia y la conducta adoptada por el Estado⁴³⁵. Por otro lado, el informe presentado por el Grupo de Trabajo sobre responsabilidad por consecuencias de hechos no ilícitos hace ya referencia al deber de debida diligencia, que no obstante opone a una responsabilidad objetiva cuando el daño se produce pese al buen comportamiento de los Estados⁴³⁶. Esta perspectiva continúa en el borrador de artículos de 1996⁴³⁷ (que abarca de manera los ámbitos de la prevención, cooperación y responsabilidad objetiva por el daño). El texto recoge el Principio 21 de Estocolmo (en su art. 3) y lo generaliza más allá de

⁴³¹ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Madrid: Civitas, 2009, pp. 29-30.

⁴³² Documento de la CDI sobre su sesión 25ª, de 1973. A/9010/Rev.1, para. 39, en *Yearbook of International Law Commission*, 1973, Vol. II, p. 169.

⁴³³ El derecho internacional ha evolucionado con más lentitud en este ámbito. MARIÑO MENÉNDEZ, op. cit. P7.771-2; BIRNIE P., BOYLE, A. op.cit. p. 105. La división entre los dos ámbitos de responsabilidad está detallada en el informe del 30º periodo de sesiones de la CDI, del 8 de mayo al 28 de julio de 1978. Ver 1978 ILC Report (A/33/10) en *Yearbook of International Law Commission*, 1978 Vol II (2) Capítulo III y Capítulo VIII, C. El grupo de Trabajo para la responsabilidad por hechos no ilícitos emitió su primer informe ante la 30ª Sesión de la CDI en 1978: A/CN.4/L.284 and Corr. 1.

⁴³⁴ 1978 ILC Report (A/33/10) en *YbILC* 1978, op. cit, p. 80. [Traducción propia] El informe incluye comentarios a este artículo, definiendo el alcance, contenido y requisitos de la responsabilidad por no prevención. Ver *YbILC* 1978, op. cit, pp. 81-86.

⁴³⁵ *Ibid.* p. 83 para 7.

⁴³⁶ Informe del Grupo de trabajo sobre responsabilidad internacional por consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el derecho internacional. Doc. A/CN.4/L.284 and Corr. 1. En *Ibid.* pp. 151-2, para. 20-22.

⁴³⁷ Borrador de artículos sobre responsabilidad internacional por consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el derecho internacional. Doc. A/CN.4/L.533 and Add.1. En *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II (Part Two), doc, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (part 2) annex I.

la explotación de recursos⁴³⁸. Asimismo, especifica que el deber de prevención (del riesgo y no sólo del daño) es una obligación de debida diligencia, de conducta⁴³⁹, que tiene dos momentos, antes y después de ocurrir el daño (art.4). Un año después, el objeto de estudio se dividió una vez más, separando el análisis de la prevención y el de la responsabilidad por el daño⁴⁴⁰, haciendo notar la Comisión los diferentes grados de evolución de ambas materias⁴⁴¹. Como resultado, la CDI decidió avanzar en la codificación de la prevención (dejando en “reserva”, pero sin olvidar, la cuestión de la responsabilidad y la compensación⁴⁴²). Así, en 2001 el organismo adoptó y presentó como recomendación a la Asamblea General de la ONU un proyecto de una convención para la *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*⁴⁴³, que eliminaba la cuestión de la responsabilidad⁴⁴⁴. Birnie y Boyle subrayan que este documento codifica obligaciones ya existentes (la realización de una EIA, notificación, consulta, deber de prevención, debida diligencia). Asimismo, define de manera amplia la noción de riesgo, usando la correlación inversa probabilidad-intensidad: se incluye el riesgo de efectos poco probables pero de alta intensidad (como los accidentes nucleares del tipo Chernobyl) así como riesgos de menor intensidad pero gran probabilidad, como la contaminación aérea industrial (por ejemplo, el caso *Fundición de Trail*)⁴⁴⁵. El último avance de la Asamblea General en sentido se observa en su Res. 65/28 de diciembre de 2010, titulada “Examen de la prevención del daño transfronterizo y resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño”, en la que vuelve a llamar la atención sobre los artículos elaborados por la CDI respecto de ambos temas (la prevención del daño, recogidos en la Res. 62/68 de la AG, y la asignación de pérdidas, recogidos en la Res. 61/36 de la AG) y decide incluir la cuestión en el programa provisional de su 68º periodo de sesiones, para 2013.

⁴³⁸ *Ibid*, p. 109, párraf. 1 del comentario al Art. 3.

⁴³⁹ *Ibid*, p. 110, párraf. 12 del comentario al Art. 3.

⁴⁴⁰ Informe de la CDI sobre su 49º periodo de sesiones, del 12 may-18 julio 1997. Doc. A/52/10. En *YbILC*, 1997, vol. II (Part Two), doc. A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 (Part. 2), Cap. VII, p. 59, párraf. 165.

⁴⁴¹ *Ibid*, p. 59, párrafs. 166-7.

⁴⁴² BARBOZA, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. pp. 119-20.

⁴⁴³ Borrador de artículos sobre *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*. (2001) Doc. A/CN.4/L.601. En *YbILC*, 2001, vol. II (Part. Two). Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). [En adelante *Artículos sobre prevención, 2001*]

⁴⁴⁴ Brownlie considera que el proyecto provee un régimen original y creativo para la prevención y la gestión del riesgo. BROWNIE, I. *Principles of public international law*, op. cit. p. 283.

⁴⁴⁵ *Fundición de Trail*. EEUU c. Canadá. Sentencia arbitral de 11 de marzo de 1941. En *Reports of International Arbitral Awards*, vol III, 1945. BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 106.

1.2.2 Principio de cooperación

Se trata de un principio del derecho internacional general que se halla, además, en los fundamentos que dieron origen a la Organización de las Naciones Unidas (Art. 1.3 de la Carta y capítulo IX), constituyendo la base del desarrollo del orden jurídico internacional (que pasa de regir las tensiones interestatales a regular la interdependencia entre Estados soberanos). Siendo un elemento tan básico del derecho internacional, es casi obvio que la cooperación forme parte de las obligaciones internacionales de los Estados en la protección del medio ambiente. Como ya decía el juez Weeramantry en su opinión disidente en la Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares*: “un Orden mundial en el que cada Estado soberano depende del mismo medio ambiente global genera una interdependencia mutua que solo puede hacerse realidad mediante la cooperación y la buena vecindad”⁴⁴⁶ Precisamente, el catalizador de la *opinio iuris* sobre este principio en el contexto ambiental fue un accidente ocurrido en el ámbito nuclear, el accidente de Chernobyl⁴⁴⁷ (1986), aunque una década antes ya había sido recogido en la Declaración de Estocolmo (principio 24), desarrollado por la Asamblea General en una resolución de diciembre de ese mismo año⁴⁴⁸ y cristalizado con la creación del PNUMA. Otros documentos de la época que recogen este principio son la Resolución de la AG 2849 (XXVI) de 15 enero de 1972, el Preámbulo del *Convenio sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de la fauna y la flora*⁴⁴⁹, la *Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados* de 1974⁴⁵⁰ o el Convenio de Montego Bay (artículos 193 y 197). La *Declaración de Río* la adopta en sus artículos 5, 7 (en relación al principio de responsabilidad común pero compartida), 9, 12 (donde incluye la obligación de transferencia tecnológica), 14 y, a modo de colofón, en el 27.

Respecto a su contenido, la obligación de cooperar puede aplicarse en términos generales (deber de cumplir los compromisos adquiridos bajo un tratado) aunque también se concreta en una serie de obligaciones específicas⁴⁵¹. Algunas de ellos son el deber de intercambiar información, de asistencia financiera, de transferencia tecnológica (recogido este último en la *Convención sobre la diversidad biológica* de 1992, art. 16)⁴⁵² o de notificar con urgencia y cooperar en situaciones críticas

⁴⁴⁶ *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, (Opinión consultiva)*, ICJ Reports, 1996, p 505. Citado en LAZARO TRINIDAD, C. op. cit. p. 119.

⁴⁴⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. Cit. p. 775.

⁴⁴⁸ A/RES/1995(XXVII), op. cit.

⁴⁴⁹ Preámbulo, párrafo 4.

⁴⁵⁰ AGNU Res 3281 (XXIX) 1974, art. 30. En DIXON, Martin, MC CORQUODALE, Robert. *Cases and Materials on International Law*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 467.

⁴⁵¹ SANDS, P. op. cit. p. 250.

⁴⁵² P-T. Stoll. “The International Environmental Law of Cooperation”. Citado en DIXON, M., MC CORQUODALE, R. *Cases and Materials ...* op. cit. p. 468.

medioambientales⁴⁵³ o en caso de accidentes ambientales⁴⁵⁴ y otros tantos. No obstante, además de estos contenidos precisos, el principio de cooperación está íntimamente ligado al principio de buena vecindad (es la manifestación de su vertiente positiva⁴⁵⁵) y éste último no es sino el fundamento del deber de no causar daños ambientales transfronterizos⁴⁵⁶, una norma que, como se verá adelante, es núcleo del derecho internacional del medio ambiente. Se trata, por tanto, de una base fundamental en el derecho ambiental, que podría además traspasar el ámbito interestatal si, como apunta la profesora Lázaro, se aplicase a otros actores internacionales, como las corporaciones transnacionales⁴⁵⁷.

1.2.3 Desarrollo sostenible

Como se ha afirmado en líneas anteriores, no hay total acuerdo sobre el estatus de la noción de desarrollo sostenible, si bien es cierto que autores de la relevancia de Sands lo consideran un concepto legal internacional establecido⁴⁵⁸. Más que un principio de derecho como el de prevención o cooperación, el desarrollo sostenible tiene un carácter más amplio, como un objetivo o principio-guía en el que debe apoyarse la acción de los Estados⁴⁵⁹. Dicho objetivo está integrado, por ejemplo, en la política de la Unión Europea, que en 2001 lanzó la “Estrategia europea para el desarrollo sostenible”⁴⁶⁰ donde lo calificaba de “objetivo de alcance mundial” que comprende la comprensión integral del “crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente”⁴⁶¹. De este modo, de acuerdo con la Declaración de New Delhi, siete principios integran este objetivo: el

⁴⁵³ MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Medio ambiente...* op. cit. pp. 40-1. El deber de notificar en situaciones de emergencia también es considerado como una norma consuetudinaria (DIMENTO, J. op. cit. p. 29.) del mismo modo que el deber de informar (LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 104 y ss).

⁴⁵⁴ *Convención Internacional relativa a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen o puedan causar contaminación por hidrocarburos*. Bruselas, 29 de noviembre de 1969., art. III a., *Convenio de Helsinki sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales* (arts 10 a 12) de 1992, junto a su Protocolo de Kiev sobre responsabilidad civil e indemnización (2003). Ver MARÍÑO MENÉNDEZ, F. op. Cit. p. 775.

⁴⁵⁵ La buena vecindad en sentido positivo implica la cooperación con los Estados fronterizos. LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 117.

⁴⁵⁶ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 117 y SANDS, P. op. cit. p. 242. Sands afirma que el principio de buena vecindad está en el trasfondo del dictamen del TIJ sobre el caso de la Fundición Trail, caso paradigmático de la doctrina en torno a la contaminación transfronteriza.

⁴⁵⁷ Lázaro cita la *Carta Mundial de la Naturaleza* (1982), en cuyo artículo 21 insta a los Estados y “en la medida de sus posibilidades [] las empresas” a cooperar en la conservación de la naturaleza LÁZARO CALVO, T. op. cit. 269.

⁴⁵⁸ SANDS, P. op. cit. p. 252. Ver, al respecto, la *International Law Association's New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*. Aprobado en la 70ª Conferencia de la ILA, en Nueva Delhi, 2-6 abril de 2002. Cit. en SANDS, p. 234 y 252. El preámbulo del documento refiere al desarrollo sostenible como un “objetivo global” (para. 1)

⁴⁵⁹ BIRNIE, P.; BOYLE, A. op. cit. p. 285.; BELL, S.; MCGILLIVRAY, D. op. cit. p. 57.

⁴⁶⁰ Comisión Europea, Comunicado al Consejo Europeo de Gotemburgo. “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible” COM (2001) 264 final. 15 mayo, 2001.

⁴⁶¹ *Ibid*, punto I.

deber de uso sostenible de los recursos naturales (presente en diferentes convenios internacionales⁴⁶²); el principio de equidad y erradicación de la pobreza (equidad aplicada al nivel intergeneracional e intrageneracional⁴⁶³), el principio de responsabilidad común pero diferenciada, el principio de precaución, el principio de participación pública y acceso a la información y justicia (un principio que ya había adquirido un carácter autónomo en el Principio 10 de Río y mediante documentos como el Convenio de Aarhus⁴⁶⁴), el principio de buena gobernanza y, por último, el principio de interrelación entre los derechos humanos y los objetivos medioambientales y socio económicos. Estos componentes, en su mayoría, ya estaban presentes en el *Informe Brundtland* que acuñó el término⁴⁶⁵.

Parte de la doctrina, como la profesora Sumudu Attapattu, estudian este concepto desde la perspectiva de sus componentes sustantivos y procedimentales⁴⁶⁶. La autora cita a Sands para enumerar los componentes sustantivos, que serían *i.* el derecho de las generaciones futuras, *ii.* el uso sostenible de los recursos naturales, *iii.* el uso equitativo de los recursos naturales, y *iv.* la integración del medio ambiente y el desarrollo⁴⁶⁷. A estos añade los componentes procedimentales, que considera indispensables para el logro del desarrollo sostenible, y son *i.* derecho al acceso a la información, *ii.* derecho a participar en el proceso de toma de decisiones y *iii.* derecho a buscar remedios. La profesora Jiménez de Parga y Maseda presenta, por su parte, una perspectiva innovadora al respecto. Considera el desarrollo sostenible como un “principio estructural” del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Dicho principio tiene, no obstante, una doble faceta: por una parte, es un elemento “estructurante o vertebrante de todo este sector del Derecho

⁴⁶² Por ejemplo, la Convención sobre el Cambio Climático, Convención sobre la Biodiversidad o las relativas a la desertización. Ver BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. p. 88.

⁴⁶³ Sobre los principios de justicia o equidad intergeneracional ver el conocido texto de la profesora Edith Brown Weiss: *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. Tokio (JP): The United Nations University, 1988. o su versión en español: BROWN WEISS, E.. *Un mundo más justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeneracional*. Máximo E. Gowland (trad.) Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999, especialmente la p. 49 para la relación de la justicia inter e intrageneracional. También, KISS, A.; SHELTON, D. op. Cit. pp. 15-20.

⁴⁶⁴ *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, Aarhus, 24 de junio de 1998. Tiene carácter regional, pues fue firmada por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, y se complementa con el Protocolo de Kiev de registro de emisión y transferencia de contaminantes (2003) y la enmienda sobre la “Participación pública en las decisiones sobre la liberación intencionada al medio ambiente y la introducción en el mercado de organismos modificados genéticamente” (2005). Disponible en: <http://www.unece.org/env/pp/welcome.html> [último acceso, 3/3/2012]

⁴⁶⁵ *Our Common Future: Report of the World Commission of Environment and Development*. (1987), Cap.2: “Hacia el desarrollo sostenible”, punto III. “Imperativos estratégicos”. No obstante, el texto de 1987 incluye un elemento más de la sostenibilidad: el objetivo de un “nivel de población sostenible”, concepto polémico en la actualidad y que no ha sido asumido por la Declaración de Nueva Delhi de 2002.

⁴⁶⁶ ATAPATTU, Sumudu A., *International Law and Development: Emerging Principles of International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 93.

⁴⁶⁷ *Id*, citando a Sands en *Principles of Public International Law*, op. cit. p. 256.

internacional público”, y por otra, tiene “un contenido sino plenamente normativo, sí con una tendencia hacia su propia normatividad”⁴⁶⁸

En junio de 2012 tendrá lugar la cumbre “Río +20”, la siguiente Conferencia de la ONU sobre desarrollo sostenible, con motivo del vigésimo aniversario de la Cumbre de Río. El encuentro versará sobre aspectos englobados en dos temas generales: a) economía verde en el contexto de desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza y b) el marco institucional para el desarrollo sostenible⁴⁶⁹. Respecto de la primera faceta, la autora cita a Dupuy y a Gutiérrez Espada cuando hablan del desarrollo sostenible como una “matriz conceptual” del derecho internacional del medio ambiente, que puede desgajarse en principios menores, como el principio de precaución, el de integración del medio ambiente y el desarrollo, el de interés común de la humanidad, el de responsabilidad común pero diferenciada etc⁴⁷⁰.

En relación a la práctica jurisprudencial, es común referir al caso *Gabcikovo-Nagymaros*⁴⁷¹ o al Camarón/tortugas (India y otros países contra EEUU⁴⁷²) como ejemplos de sentencias (la primera, del T.I.J, y la segunda, en el seno de la OMC) que apelan al concepto de desarrollo sostenible.

1.2.4 Principio de precaución

Tampoco hay acuerdo sobre la existencia (como principio general del derecho internacional del medio ambiente) del principio de precaución, aunque ha sido adoptado por varias teorías como una de sus máximas axiológicas, por ejemplo, por la teoría de la justicia ambiental. Uno de sus principales defensores actuales, Robert Bullard, lo define como una obligación según la cual, “antes de emprender una acción, si se tiene una sospecha razonable de que puede producir algún daño y hay incertidumbre científica al respecto, entonces se debe actuar para impedir dicho daño. Esto puede hacerse, en primer lugar, invirtiendo la carga de la prueba (de seguridad) sobre aquellos agentes cuya acción levanta las sospechas y, en segundo lugar, evaluando las alternativas para hallar la manera menos dañina de llevar a cabo dichas actividades, usando un proceso de toma de

⁴⁶⁸ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. op. cit. p. 47.

⁴⁶⁹ Información sobre el encuentro, documentación previa etc en <http://www.uncsd2012.org> [último acceso, 3/3/2012].

⁴⁷⁰ De Dupuy, P-M.: “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1997, núm 4,p. 885. De Gutiérrez Espada, C. “La contribución del derecho internacional del medio ambiente al derecho del Derecho Internacional Contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1998, núm 14, p.180. Citados en JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. op. cit. p 47, notas al pie 105 y 108.

⁴⁷¹ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c. Eslovaquia. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. *ICJ Rep.* (1997) p. 7 SANDS, P. op. cit. p. 254. BELL, S.; MCGILLIVRAY, D. op. cit. p. 58.

⁴⁷² Cit. SANDS, P. 255-6 en Caso 58 (y 61) de la OMC. Resolución adoptada el 6 de noviembre de 1998. Disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm [Último acceso, el 2/3/2012].

decisiones abierto, informado y democrático, que incluya a las personas que serán afectadas por la decisión”⁴⁷³. Esta definición basta para dar paso al análisis de los componentes esenciales de este principio, aunque previamente conviene diferenciarlo de otro muy cercano y que sí está plenamente aceptado, como es el principio de prevención. De manera esquemática, se pueden establecer dos tipos de diferencias, las primeras relativas al rango de protección ambiental y las segundas referentes a la temporalidad de la adopción de medidas.

El rango de protección, como apunta la profesora Lázaro⁴⁷⁴, es mayor en la precaución que en la prevención. Esto se debe básicamente a que, para aplicar del principio de prevención, se exige que haya una certidumbre científica sobre el riesgo que una actividad entraña y, por tanto, hay certeza sobre la relación causal entre ésta y aquel. El principio de precaución, en cambio, se activa antes de que exista tal certidumbre. De hecho, es precisamente la incertidumbre científica sobre un posible riesgo (o la “no certidumbre” sobre la ausencia de riesgo) lo que determina que se tomen medidas precautorias para evitar ese riesgo potencial. La precaución se aplica antes de alcanzar el umbral mínimo de riesgo exigido para la prevención. De este modo, si se considera que las medidas precautorias (buscar alternativas a la actividad o prohibirla) pueden ser similares a las definidas como “preventivas”, se puede incluso decir que la precaución abarca la prevención (lo que no se puede decir a la inversa). En cuanto a la temporalidad, es una deducción casi visual. La precaución se establece antes de conocer con certidumbre el riesgo, que sería el punto de partida del principio de prevención, por lo que aquella se aplica con anterioridad a ésta.

Ya se han identificado algunos de los elementos que integran el principio de precaución, que son: riesgo, probabilidad, gravedad, evaluación de impacto ambiental (EIA), (in)certidumbre y cautela científica e inversión de la carga de la prueba. Estos dos últimos elementos están íntimamente relacionados. La *inversión de la carga de la prueba* significa que no es el sujeto que sospecha del riesgo de una actividad el que debe aportar pruebas (como es habitual) sino, por el contrario, la entidad interesada en llevar a cabo tal actividad deberá probar que tal riesgo no existe⁴⁷⁵. Rige, por tanto, el principio de incertidumbre⁴⁷⁶. Éste se aplica también en el proceso de identificación del

⁴⁷³ Bullard estuvo en los orígenes del movimiento de la justicia ambiental, desarrollado en EEUU en la década de los 80. Como teórico, desarrolló el “Marco de la Justicia Ambiental”, que contiene los principios básicos de la teoría. La cita corresponde a BULLARD, R. *The quest for environmental justice. Human rights and the politics of pollution*. San Francisco (EEUU): Sierra Club Books, 2005. p. 28. Sobre este movimiento, ver también BULLARD, Robert (ed.) CHAVIS, Benjamin, (prolog). *Confronting Environmental Racism. Voices from the grassroots*, Cambridge: South End Press, 1999.

⁴⁷⁴ La base de este razonamiento es el breve análisis de la profesora Lázaro en LÁZARO CALVO, T. op. Cit. p. 263.

⁴⁷⁵ Birnie y Boyle identifican la inversión en los Convenios de Oslo (1972) y París (1974) sobre contaminación marina, y en la Convención sobre la Caza de Ballenas (1946). BIRNIE P., BOYLE, A. op. cit. p. 118.

⁴⁷⁶ Principio que surge como oposición a la perspectiva de la capacidad asimiladora (*assimilative capacity approach*),

riesgo, en el plano epistemológico, dando lugar a la *cautela científica* o la teoría del “falibilismo” presente en autores como Pierce o Popper⁴⁷⁷. Cautela en este sentido significa, a la hora de definir los riesgos potenciales de una actividad, considerar la posibilidad de error o ignorancia (lo que, advierten Birnie y Boyle, implica una mejor comprensión de la ciencia, no un rechazo de la misma⁴⁷⁸). En esta fase de conocimiento se enmarca la *Evaluación de Impacto Ambiental*, una obligación consuetudinaria integrada en el deber de debida diligencia. Si en el marco de la prevención su labor es determinar los posibles efectos de una actividad (atendiendo a la relación de causalidad conocida) en el proceso de precaución, se trata de realizar, con las cautelas debidas, juicios en torno al 'riesgo', tales como la probabilidad y escala del daño, sus causas, efectos de las actividades, sustancias o procesos en cuestión y la interacción de estos factores en el tiempo⁴⁷⁹. Por último, la valoración de cuándo el *riesgo* determina activar el principio precautorio atiende, como se explicó arriba, a la correlación inversa entre la *probabilidad* y la *intensidad* del daño apuntada por la Comisión de Derecho Internacional⁴⁸⁰.

Estatus del principio de precaución.

Desde su origen en el derecho ambiental alemán en los años 70 del siglo XX⁴⁸¹, el principio de precaución ha recibido una extraordinaria atención⁴⁸², pese a lo cual, en la actualidad no es reconocido sin cortapisa como parte del derecho internacional del medio ambiente. A su favor se esgrime, en primer lugar, que numerosos tratados internacionales desde la Cumbre de Estocolmo lo reconocen o se inspiran en él⁴⁸³. También se pueden citar decisiones de cortes internacionales que

basada en una férrea confianza en la predicción científica. Ver, MAC INTYRE, Owen; MOSEDALE, Thomas. “The precautionary principle as a norm of customary international law”. *Journal of Environmental Law*, 1997, vol. 9 num. 2, pp. 221-2.

⁴⁷⁷ MARCOS, A. “Precaución, ética y medio ambiente”, en: GARCÍA GOMEZ-HERAS, J.Mª. y VELAYOS, C. (eds), *Responsabilidad política y medio ambiente*. Madrid: Biblioteca Nueva. 2007, p. 171.

⁴⁷⁸ BIRNIE P., BOYLE, A. op. cit. p. 117.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 115.

⁴⁸⁰ *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones de 2001. (A/CN.4/L.601) art 2.a). Birnie y Boyle distinguen entre los conceptos de probabilidad (likelihood) y previsibilidad (foreseeability) que definen como el riesgo determinado objetivamente. BIRNIE P., BOYLE, A. op. cit. p. 115.

⁴⁸¹ Algunos autores ubican el origen de este principio en el *Vorsorgeprinzip* alemán. MC INTYRE, O.; MOSEDALE, T. “The precautionary principle ” op. cit. p. 221. FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”. En AAVV *Temas de Responsabilidad civil*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 65. TICKNER, Joel A.; GEISER, Ken. “The precautionary principle stimulus for solutions – and alternatives- based environmental policy”. *Environmental Impact Assessment review*. 2004, vol. 24, p. 802.

⁴⁸² ELLIS, Jaye. “Overexploitation of a valuable resource? New literature on the precautionary principle”. *EJIL*. 2006: vol. 17 núm. 2, p. 446.

⁴⁸³ Una de sus primeras expresiones se encuentra en la *Declaración ministerial de la primera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte* (Bremen, 1984), en su preámbulo, y de manera explícita en la *Declaración ministerial de la segunda Conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte* (Londres,

asimilan este principio, como es el caso del fallo adoptado por el Tribunal del Derecho del Mar en agosto de 1999 en relación al caso *Southern Bluefin Tuna* (Nueva Zelanda y Australia c. Japón)⁴⁸⁴ donde se adoptaban una serie de medidas provisionales basadas en el principio de precaución⁴⁸⁵. El caso se relacionaba con una serie de pescas experimentales del atún de aleta azul del sur que Japón comenzó en junio de 1999⁴⁸⁶. Australia y Nueva Zelanda pidieron al Tribunal del Derecho del Mar que decretara el cese provisional de dicha práctica. Considerando la “incertidumbre científica sobre las medidas posibles para conservar el stock”⁴⁸⁷ que, según acuerdo de las partes, estaba severamente agotado⁴⁸⁸, el Tribunal decretó las medidas provisionales basándose en el art. 290 (que incluye como fin “impedir que se causen daños graves al medio marino”, art. 290.1) Otro caso, en el marco europeo de integración, es el que enfrentó a la corporación Pfizer contra la Comisión Europea en 2002, debido a la prohibición impuesta por la CE de usar ciertos antibióticos como aditivos alimentarios para los animales de consumo humano. Tanto la compañía como el Tribunal reconocían la existencia del principio precautorio⁴⁸⁹. Estas evidencias sugieren, como afirman Birnie y Boyle, que en efecto el principio de precaución contiene un núcleo legalmente importante que tiene consenso internacional. Este núcleo dicta que, en su deber de proteger el medio ambiente, los Estados no pueden basarse en la incertidumbre científica para justificar la inacción cuando hay suficiente evidencia de un posible riesgo de un daño serio, aunque no haya prueba al cien por cien. En este sentido, dicen los autores, “el principio de precaución es un principio de derecho internacional en el que los políticos deben basarse como lo hacen en el de desarrollo sostenible”⁴⁹⁰. Algunos Estados incluso lo han adoptado como base para una acción legal temprana para afrontar amenazas ambientales como el cambio climático o la desaparición de la capa de ozono⁴⁹¹ y autores como Bronwlie considera algunas de sus aplicaciones englobadas en conceptos de la

24-25 nov. 1987) en el Punto VII y XVII de su Preámbulo. Desde entonces, otros tratados relevantes son el *Convenio sobre la Capa de Ozono* (1985) en su Preámbulo; *La Carta Mundial de la Naturaleza* (1982) en su Principio 11; el *Convenio de Bamako* (1991) art 4.3, f); *Convención de Helsinki* (1991), art 2.5; *Convención sobre el Cambio climático* (1992) art 3.3; etc. De carácter más reciente, también lo incluyen el *Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes* (preámbulo, para. 8, y artículo 1) adoptado en 2001. Ver LÁZARO CALVO, T. op. cit. pp. 265-7, 340-1; MAC INTYRE, O.; MOSEDALE, T. “The precautionary principle ” op. cit. pp. 224-231.

⁴⁸⁴ Laudo de 4 agosto, 2000. En Reports of International Arbitral Awards. Vol XXIII.

⁴⁸⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 776.

⁴⁸⁶ ITLOS Press Release 24, 30 July 1999. En www.itlos.org.

⁴⁸⁷ ITLOS Press Release 28, 27 August 1999 p. 1;

⁴⁸⁸ ITLOS, Decision 27 August 1999, para 71; Decision 27 August 1999, para 79.

⁴⁸⁹ La Corte afirmó que la CE había aplicado el principio de manera correcta, esto es, en base a un riesgo existente (según opiniones científicas), aunque no pudiera ser demostrado por completo. Caso Pfizer c. Consejo de la Unión Europea (2002) Asunto T-13/99. En BELL.S. y MCGILLIVRAY, D. op. cit. p. 68. Para Sands, se puede afirmar que el principio de precaución está asentado en el ámbito europeo de manera suficiente como para reflejar una costumbre internacional legal y vinculante. SANDS, P. op. cit. p. 232.

⁴⁹⁰ BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. p. 120, [traducción propia]

⁴⁹¹ SANDS, P. op. cit. p. 267.

responsabilidad estatal⁴⁹². Otra parte de la doctrina, como Mc Intyre y Mosedale o Trouwborst, considera que el principio de precaución ha cristalizado en una norma de derecho internacional consuetudinario⁴⁹³.

Por otra parte, existen también argumentos en sentido contrario. Numerosas sentencias, por ejemplo, rechazan o ignoran este principio. Es el caso de la ya reiterada sentencia *Gabcikovo-Nagymaros*, que determina el requisito de que el riesgo sea “grave e inminente” para que el “estado ecológico de necesidad” alegado por Hungría sea un excluyente de ilícito internacional válido tras la quiebra de un tratado internacional⁴⁹⁴. Otros del estilo son el fallo del TIJ en el asunto *Papeleras sobre el río Uruguay*⁴⁹⁵ (sobre el que se hablará más adelante) y la actuación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, febrero de 2002, en caso de “Mox Plant” (Irlanda c. RU) relativo a la central nuclear Sellafield, al norte de Inglaterra⁴⁹⁶ y de 2003 en el caso del “Estrecho de Johore”⁴⁹⁷. Considerando estas reticencias, Birnie y Boyle reconocen que el principio de precaución, de ser reconocido, tendría un límite, determinando la adopción de medidas precautorias, pero sin imponer un tipo de conducta o medidas específicas⁴⁹⁸. Para Lázaro, se trataría de un principio en fase de formación⁴⁹⁹. Otras posturas son más prescriptivas, como la de Sunstein, quien no niega la aceptación general del principio precautorio sino que lo critica en sí mismo. Considera la noción estricta de precaución (esto es, la inversión absoluta de la carga de la prueba y la anulación de la actividad en caso de riesgo posible) como un principio inútil y “paralizante”, que crece gracias a mecanismos humanos cognitivos como la “aversión de la pérdida” y a una mitificación de la naturaleza⁵⁰⁰. Dupuy, quien ha estudiado la cuestión en profundidad, no se pronuncia categóricamente en contra de considerar el principio como norma consuetudinaria, pero subraya que

⁴⁹² BRONWILIE, I. *Principles of public international law*, op. cit. p. 278.

⁴⁹³ MC INTYRE, O., MOSEDALE, T. “The precautionary principle..” op. cit. p. 241. Trouwborst es considerado como una buena referencia para quienes estudien este principio. TROUWBORST, Arie. *Evolution and status of the precautionary principle in International law*. La Haya: Kluwer International Law, 2002. Aunque para Ellie, esta obra adolece de una falta de análisis más sistemático. ELLIE, Y. “Overexploiting ?” op. cit. p.448.

⁴⁹⁴ Caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia) I.C.J. Rep., 1994, para. 53-57. cit. en MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 776.

⁴⁹⁵ ICJ. Rep., 2006, p. 935, cit. en MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 776.

⁴⁹⁶ El caso *MOX Plant* (Irlanda c. Reino Unido), Provisional Measures. TIDM. Caso N° 10. Orden de 3 Diciembre 2001. Para un análisis de la decisión ver, por ejemplo, HALLUM, Victoria. “International Tribunal for the Law of the Sea: the MOX Nuclear Plant Case”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 2002, Vol. 11 num 3, pp. 372-375.

⁴⁹⁷ Caso *concerniente la reclamación de tierra por Singapur en y alrededor del Estrecho de Johore*. (Malaysia c. Singapore), Medidas provisionales. TIDM, Caso N° 12. Orden 8 de Octubre de 2003.

⁴⁹⁸ BIRNIE P., BOYLE A., op. cit. p. 120.

⁴⁹⁹ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 390-2.

⁵⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. “Beyond the precautionary principle”, *University of Pennsylvania Law Review*. 2003, vol. 151, num. 3. pp. 1003 y 1008.

no ha sido así reconocido ante un tribunal internacional⁵⁰¹. Por último, Jiménez de Parga y Maseda tampoco considera que se trate de un principio consolidado, sino emergente, y para esta conclusión se basa en sendas sentencias del TIJ en el caso de las Pruebas Nucleares⁵⁰² y el relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros⁵⁰³.

1.3. Principales normas consuetudinarias del derecho internacional del medio ambiente

Tema para otra monografía sería el alcance y relevancia de las normas consuetudinarias, especialmente en el ámbito medioambiental⁵⁰⁴. Al margen de ello, en la actualidad, la mayoría de la doctrina coincide en identificar sin dudas dos normas consuetudinarias en el ámbito internacional del medio ambiente: el deber de no causar daños transfronterizos y el de realizar una evaluación de impacto ambiental de los proyectos que puedan afectar al medio ambiente.

1.3.1 Deber de no causar daños transfronterizos.

El deber de no producir daño ambiental, especialmente de carácter transfronterizo, es una norma básica del derecho internacional del medio ambiente, pues cristaliza la conjunción de los principios básicos del derecho internacional, el de prevención y el de cooperación, y es una herramienta esencial para satisfacer el objetivo último de este cuerpo jurídico, evitar que las actividades humanas se desarrollen sin producir, en lo posible, un deterioro del medio ambiente, es decir, un objetivo de conservación⁵⁰⁵. Esta norma “impone restricciones legales internacionales a los derechos de los Estados respecto a las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción”⁵⁰⁶. Está considerada además como el núcleo de las reglas que conforman el derecho de la responsabilidad estatal⁵⁰⁷ y, según el TIJ, es “parte del cuerpo del derecho internacional relativo al medio

⁵⁰¹ Dupuy citado en ELLIS, J. “Overexploiting ” op. cit. p. 448.

⁵⁰² *Solicitud para un examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia del Tribunal el 20 de diciembre de 1974 en el caso Test Nucleares. (Nueva Zelanda c. Francia)*, decisión de 22 de septiembre de 1995.

⁵⁰³ Caso *Gabcikovo-Nagymaros* op. cit.

⁵⁰⁴ Para un ejemplo de posturas que valoran de manera distinta la costumbre internacional en el ámbito ambiental, ver DIMENTO, J. op. cit. pp. 30-1. o LÁZARO CALVO, T. op.cit. p. 44.

⁵⁰⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, op. cit. p. 768; MEDINA DE LEMUS, M. op. cit. o. 47.

⁵⁰⁶ SANDS, P. op. cit. p. 241.[Traducción propia] Sobre el conflicto entre la responsabilidad por contaminación transfronteriza y la soberanía territorial, ver HANDL, Günter, “Territorial Sovereignty and the problem of transnational pollution”, *Am. J. Int'l L.* 1975, nº 69.

⁵⁰⁷ MCLOUGHLIN, James.; BELLINGER, Edward.. *Environmental Pollution Control: an introduction to principles and practice of administration*. London: Graham & Trotman, 1993.

ambiente”⁵⁰⁸. Esta obligación, reconocida como tal por casi la totalidad de Estados⁵⁰⁹, tiene su mayor reflejo en el Principio 21 de la *Declaración de Estocolmo*, aunque para comprender su contenido y alcance es pertinente analizar su génesis a través de su origen doble: de un lado, la aplicación al medio ambiente del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (principio general del derecho internacional) y de otro, la aplicación del principio de prevención (principio general del derecho internacional del medio ambiente) al ámbito transfronterizo.

1.3.1.1. El principio *sic utere tuo* y la prohibición de daño transfronterizo

“Utiliza lo tuyo de tal modo que no perjudiques a lo ajeno”. Con esta formulación, el principio de *sic utere tuo* implica la prohibición general de utilizar el propio territorio de forma que se realicen actos contrarios a los derechos de otros Estados⁵¹⁰. Se impone así un límite a la noción de soberanía estatal, que tenía tradicionalmente un carácter absoluto⁵¹¹ superado por la evolución del derecho internacional y la consolidación del principio de cooperación. En el caso *Isla de Palma* (antecedente en la materia aunque no en el ámbito del medio ambiente), el árbitro Max Huber definió muy claro este concepto de soberanía territorial limitada:

“La soberanía territorial significa independencia, esto es el derecho a ejercitar, dentro de una porción del globo y con exclusión de otros Estados, la función de Estado. Este derecho tiene un deber corolario: la obligación de proteger dentro de tu territorio el derecho de otros Estados...”⁵¹²

Con la aplicación del principio de *sic utere tuo*, se crea en el ámbito medioambiental la obligación de debida diligencia, por la cual los Estados deben controlar las actividades bajo su control o en espacios sujetos a su jurisdicción, de manera que tales actividades no produzcan daños ambientales significativos en el territorio o recursos de otros Estados o en los territorios o recursos comunes⁵¹³.

⁵⁰⁸ Caso de las *Papeleras de Uruguay*, TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 101. La Corte cita la *Decisión sobre la Legalidad de la Amenaza del Uso de Armas Nucleares*, ICJ Reports, 1996, (I)

⁵⁰⁹ SANDS, P. op. cit. p. 241.

⁵¹⁰ MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 768.

⁵¹¹ Según la “doctrina Harmon”, creada a través de un dictamen del Procurador General de los EEUU en 1895, en virtud del cual cada Estado tiene derecho absoluto de utilizar su espacio aéreo y territorio para sus propios propósitos incluso si con ello se causan daños que se sufren más allá de sus fronteras. políticas. LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 95. KISS, A., SHELTON, D. op. cit. p. 180.

⁵¹² 2 RIAA 829 (1928). Párrafo citado en ATAPATTU, Sumudu A., *International Law and Development*. op. cit. p. 291. [Traducción propia]. El laudo del asunto *Isla de Palmas* recoge la máxima del *sic utere* en un caso de atribución de soberanía estatal sobre la mencionada isla, disputada entre EEUU y los Países Bajos. Ver también GOMÍS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998, p. 30.; MCLOUGHLIN, J y BELLINGER, E. op. cit. p. 162.; SANDS, P. op. cit. p. 240.

⁵¹³ PISILLO-MAZZESCHI, R. “The due diligence and the nature of the international responsibility of the states”, en: PROVOST, René. *State Responsibility in International Law*. EEUU: Ashgate, 2002, p. 126. Ver tb. MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 768.

Con este fin, los Estados contraen la obligación de regular la conducta privada y pública⁵¹⁴. Varios autores han definido la debida diligencia como la conducta de un “buen gobierno”, es decir, lo que un gobierno responsable debería hacer en una situación bajo condiciones normales usando sus medios más practicables y disponibles, con el objetivo de cumplir su obligación internacional”⁵¹⁵ En el capítulo referente a esta obligación se detallarán los aspectos que esta definición impone, pero de momento cabe desarrollar su origen y evolución. La doctrina ubica la consolidación del deber de debida diligencia a partir de la Declaración de Estocolmo (que lo recoge en su Principio 21), aunque la práctica jurisprudencial cuenta con varios antecedentes bien conocidos. Así, la primera aplicación (dejando a un lado el caso *Isla de Palmas* citado arriba) de este principio en una sentencia relacionada con el medio ambiente se remonta a 1941, con el caso de la *Fundición de Trail* (considerado la primera controversia internacional en torno al medio ambiente y germen de las bases jurídicas de la contaminación transfronteriza⁵¹⁶). EEUU denunció a Canadá por los daños sufridos por su fauna y sus cosechas debido, según la denuncia, a la contaminación por dióxido de azufre emanado de una fundición en la zona de *Trail*, Canadá. En su sentencia de 11 de abril de 1941, el tribunal de arbitraje realiza una afirmación famosa hoy día:

“bajo los principios del derecho internacional, así como de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de manera que cause perjuicio por gases en o hacia el territorio de otro Estado o a las propiedades o personas allí, cuando es un caso de consecuencias severas y el daño es determinado por evidencia clara y convincente”⁵¹⁷.

La prohibición de daño transfronterizo encuentra un claro exponente en esta sentencia, que además ha sido recogida por la práctica estatal⁵¹⁸. La segunda parte del párrafo incluye dos precisiones relevantes. En primer lugar, el Tribunal no prohíbe cualquier daño transfronterizo, sino sólo aquellos de “consecuencias severas”, excluyendo daños menores⁵¹⁹. En segundo lugar, la prueba

⁵¹⁴ BIRNIE P. BOYLE A; op cit. p. 111.

⁵¹⁵ HANQIN, Xue. *Transboundary damage in international law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003. p. 163. La cita pertenece al texto de Dupuy, Pierre-Marie, “Due diligence in the international law of liability”, En: *Legal aspects of transfrontier pollution*, París: OECD, 1977.

⁵¹⁶ *Fundición Trail*, op. cit.. Ver LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 96; MARÍÑO MENÉNDEZ, f. op. cit. p. 768; BIRNIE P., BOYLE, A. op cit. p. 109; PISILLO-MAZZESCHI, R. “Due diligence and the nature...” op. cit. p. 126; MCLOUGHLIN, J y BELLINGER, E. op. cit. p. 162.; KISS, A; SHELTON, D. op. cit. p. 184-5. Sands advierte un trasfondo del principio de “buena vecindad” en la decisión del Tribunal. SANDS, p. op. cit. p. 242.

⁵¹⁷ Sentencia 11 de abril de 1941, op. cit. p. 1965 sentencia. [Traducción propia].

⁵¹⁸ Esta sentencia ha sido citada por algunos Estados, como Canadá en el *Cherry Point Oil* (1973), EEUU en el *Poplar River Project* etc. Ver LEFEBER, René, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 21 nota al pie 5.

⁵¹⁹ BARNIDGE JR., Robert P. “The due diligence principle under international law”, *International Community Law Review*, 2006, vol. 8. p. 101.

causal debe ser “clara y convincente”. Sobre la carga de la prueba y el nexo causal se hablará más adelante, pero baste con mencionar aquí ambos puntos para comprobar que la prohibición de daño transfronterizo no parece tener un carácter absoluto.

El siguiente precedente comúnmente citado (aunque no pertenezca al ámbito ambiental⁵²⁰) es el caso *Estrecho de Corfú*, donde el TIJ afirmó como un principio general y bien reconocido “la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios al derecho de otros Estados”⁵²¹. En el asunto, el TIJ analizó los fundamentos de la responsabilidad internacional y determinó como causa que los hechos ilícitos hubieran ocurridos “con conocimiento” del Gobierno albanés. Asimismo, estableció un estándar de prueba sobre el conocimiento de hechos ilícitos que puede ser aplicable en otros casos de debida diligencia⁵²². Bronwlie, no obstante, difiere de la opinión general de que esta sentencia suponga una afirmación de la responsabilidad subjetiva o de conducta, pues para el autor, la responsabilidad de Albania derivaba simplemente de la violación de una obligación concreta (la de no permitir bajo un territorio actos contrarios a los derechos de otros Estados) y que, en este caso, el conocimiento de los hechos era sólo un requisito para establecer dicha responsabilidad⁵²³. Por último, en el asunto del *Lago Lanós*⁵²⁴, que enfrentó a España y Francia por un curso de agua compartido, el tribunal arbitral invocó el deber de debida diligencia de Francia⁵²⁵ y la obligación de tener en cuenta los intereses de España⁵²⁶.

Si bien tales precedentes fueron sentando las bases para la creación de una costumbre internacional, el origen positivo de ésta se halla en la *Declaración de Estocolmo* y los sucesivos tratados internacionales que la han recogido desde entonces. El Principio 21 de esta *Declaración* formula con claridad la norma y su interacción con la soberanía estatal sobre los recursos naturales:

⁵²⁰ Birnie y Boyle afirman que la aplicación de este caso al medio ambiente es más “forzosa”, BIRNIE, P., BOYLE, A. op cit. p. 109.

⁵²¹ El caso enfrentó a Reino Unido e Irlanda con Albania por la explosión de unas minas en aguas albanesas que produjeron pérdidas a la flota británica. Caso *Canal Corfú*, sentencia de TIJ de 9 de abril de 1949. *I.C.J. Reports* 1949, p. 4. Párrafo citado en MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 769. La sentencia y otros documentos del caso pueden consultarse en <http://www.icj-cij.org/> [último acceso, el 28/02/2012]

⁵²² El TIJ consideró que no se puede dar por asumido que un Estado pueda conocer todos los hechos ilícitos que ocurren bajo su jurisdicción territorial pero que, no obstante, este control exclusivo suaviza la carga de la prueba que el Estado demandante debe aportar en relación a la evidencia circunstancial y la inferencia fáctica. *I.C.J. Reports* 1949, p. 18. Citado en BARNIDGE JR, Robert P. “The due diligence principle...” op. cit. p. 103.

⁵²³ En opinión del autor, el tribunal no entro a analizar la cuestión de dolo o culpa como tal. BRONLIE, I. *Principles of Public....* op. cit. pp. 439-40.

⁵²⁴ Caso *Lago Lanós*. (Francia c. España). Sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, en 24 ILR 101 (1957).

⁵²⁵ HANQIN, Xue, op. cit. p. 165, PISILLO-MAZZESCHI, Riccard, “The due diligence and the nature of the international responsibility of the states”, op. cit. p. 127.

⁵²⁶ SANDS, P. op. cit. p. 243.

'De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional'.

Para Kiss y Shelton, la obligación descrita en el texto implica, en primer lugar, que los Estados no son sólo responsables de sus propias actividades sino que “tienen el deber de debida diligencia de regular todas las actividades públicas y privadas dentro de su jurisdicción o control”⁵²⁷ En segundo lugar, que los Estados deben aplicar las mismas normas no sólo en lugar de su jurisdicción territorial, sino en cualquier lugar donde ejercite “control”.⁵²⁸ Por último, la obligación de no causar daño transfronterizo no se aplica sólo hacia otros Estados, sino también hacia las áreas “más allá de los límites de jurisdicción nacional” (alta mar, espacio exterior etc.)⁵²⁹.

La declaración de Estocolmo, aunque no *per se* vinculante, supuso el punto de partida para el proceso de formación de la norma consuetudinaria, que culminará antes de la Declaración de Río (que la incluye en su principio 2)⁵³⁰. De este modo, la obligación de no producir daño transfronterizo aparece en tratados internacionales relevantes como la *Convención para la prevención de la contaminación marina por vertimientos de residuos y otras materias*, Londres, 1972, (preámbulo, para. 3, y art. 1.), el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono*, de 1985 (preámbulo, párrafo 2) o el *Convenio de Ginebra sobre contaminación transfronteriza a gran distancia* (preámbulo, párrafo 4)⁵³¹. De manera más expresa, la *Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar* (Montego Bay, 1982), recoge en su artículo 193 y 194.2 el deber de debida diligencia y, según parte de la doctrina, define con detalle su contenido mediante la incorporación del Convenio de Londres y otros principios y tratados internacionales en sus artículos 208, 210 y 211⁵³². Pissillo-Mazzeschi, quien entiende la noción de debida diligencia como un límite a las obligaciones internacionales de los Estados⁵³³, considera tales instrumentos internacionales

⁵²⁷ KISS, A.; SHELTON, D., op. cit. p. 189.

⁵²⁸ *Íd.*

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 190

⁵³⁰ Ver LÁZARO CALVO, T. op. cit. pp. 223-230. La autora hace un recorrido por los diferentes tratados universales y regionales que contienen esta obligación, de los cuales se nombran los más relevantes en este apartado.

⁵³¹ *Ibid.* p. 226.

⁵³² BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. pp. 352-3. Los autores también precisan que este convenio recoge una noción más flexible de la debida diligencia, aunque sobre este tema se tratará en el apartado correspondiente a la responsabilidad estatal. Para una mayor enumeración de tratados que contienen la obligación de prevenir daño ambiental transfronterizo, ver por ejemplo, LEFEBER, R. op. cit. p. 21.

⁵³³ PISILLO-MAZZESCHI, “The nature of the Due Diligence...” op. cit. p. 128. Ver el capítulo de este trabajo centrado en la debida diligencia.

como la constatación del carácter subjetivo y no absoluto de la responsabilidad internacional de los Estados en el ámbito medioambiental. Así, sostiene que los trabajos preparativos para el Principio 21 de Estocolmo muestra la oposición de muchos delegados a la idea de que dicho principio pudiera ser interpretado en favor de la responsabilidad objetiva⁵³⁴. Recientemente, los *Principios rectores* de Ruggie⁵³⁵ también recogen el deber de debida diligencia estatal respecto de las empresas⁵³⁶ (si bien el documento se centra en los derechos humanos internacionalmente reconocidos). En 1996, el TIJ confirmó que el Principio 21 de Estocolmo refleja una costumbre internacional, en su dictamen consultivo sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*⁵³⁷ en el que hace una clara afirmación del deber de no producir daños ambientales transfronterizos⁵³⁸.

Respecto a la práctica internacional después de la Declaración de Estocolmo, la doctrina menciona pero difiere sobre el caso *Sandoz*, en 1986. El 31 de octubre de aquel año, un incendio en un almacén de la compañía suiza Sandoz S.A. situado a las orillas del río Rin provocó el vertido de numerosas sustancias químicas, produciendo daños en la fauna, flora y la calidad de este curso de agua compartido. En torno a 30 toneladas de químicos fueron vertidos al Rin durante las horas siguientes mientras duraban las operaciones de control (ineficientes y negligentes, por su parte). Dos semanas después la mancha alcanzó el Mar del Norte y parte del vertido, especialmente metales pesados, se precipitó cerca de Basilea⁵³⁹. El caso provoca disenso en la doctrina. De un lado, autores como Pissillo-Mazzeschi lo consideran ejemplo de la admisión del deber de diligencia por parte de los Estados. El autor afirma que Suiza reconoció su fallo en el control de seguridad de las instalaciones y regulación del sector así como en la supervisión de las operaciones de extinción⁵⁴⁰, una opinión que también defiende la CDI⁵⁴¹. En el extremo contrario, Lucía Gomís considera el caso como un ejemplo de que la vía de la responsabilidad internacional del Estado se halla “en crisis”⁵⁴². Una opinión similar es la de Hans Ulrich, quien destaca que ninguno de los

⁵³⁴ UN Doc A/CONF.48/PC.12. Annex II, 15, para. 65. cit. en PISILLO-MAZZESCHI, “The nature of the Due Diligence...” op. cit. p. 127.

⁵³⁵ Informe del Representante Especial del Secretariado General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas: John Ruggie. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de Naciones Unidas: “proteger, respetar y remediar”* A/HRC/17/31, 2011.

⁵³⁶ Informe del Representante. Parte I, Principios 1-6.

⁵³⁷ Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, (Opinión consultiva). 8 julio de 1996. I.C.J. Reports 1996, p. 226. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [Último acceso, 1/3/2012]

⁵³⁸ *Ibid*, p. 226 párraf. 29. Citado en SANDS, P. op. cit. p. 245. y ver p. 236.

⁵³⁹ JESSURUN D’OLIVEIRA, Hans Ulrich. “Sandoz Accident: The Sandoz Blaze: The damage and the public and private liabilities”. En: FRANCIONI, F; SCOVAZZI, T.: *International Responsibility for Environmental Harm*. Londres: Graham and Trotam, 1993. p. 429.

⁵⁴⁰ PISILLO-MAZZESCHI, R.: “The due diligence...” op. cit. p. 127 y “Forms of International Responsibility for Environmental Harm”. En: FRANCIONI, F; SCOVAZZI, T.: *International Responsibility...* op. cit. p. 31.

⁵⁴¹ *Artículos sobre Prevención de 2001*, comentario al artículo 3, para. 8.

⁵⁴² La razón que aporta es que el caso se condujo por la vía de la responsabilidad civil de la empresa, quedando la del

Estados ribereños afectados demandó a Suiza⁵⁴³.

1.3.1.2. El principio de prevención y la prohibición de daño transfronterizo

Ya se ha hablado sobre el principio preventivo como un elemento esencial del derecho internacional del medio ambiente. Pues bien, aplicar este concepto a la prohibición de causar daños transfronterizos⁵⁴⁴ significa que esta norma no sólo se traduce en la determinación de responsabilidad y obligación de compensación en caso de incumplimiento, sino también en la obligación estatal de tomar medidas preventivas para evitar dicho daño, imponiendo, por tanto, una obligación de conducta⁵⁴⁵. Dicho de otro modo y tras analizar, por ejemplo, los tratados mencionados en el apartado anterior, se podría afirmar que el principio de prevención y la obligación de debida diligencia tienen una relación meta-medio. Es decir, la prevención de la contaminación es el objetivo o la meta que se establece y la debida diligencia, una de las vías encaminadas a alcanzar dicho fin. Esta relación aparece, por ejemplo, en el Convenio de Londres de 1972, cuyo artículo 1 determina la obligación de los Estados de adoptar medidas para impedir la contaminación del mar, entre ellas, la prohibición de que los buques o navíos bajo su jurisdicción viertan desechos o materias recogidas en el Anexo 1, o el requisito previo de un permiso especial para el vertido de otras sustancias. Otro claro ejemplo, de gran importancia dado su fuerte reconocimiento, es el Convenio de Montego Bay, que establece la obligación general de los Estados de preservar y proteger el medio marino (como aclaran los artículos 192 y 193). El artículo 194 se titula “Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino”, y entre tales medidas incluye, en el apartado 2 de este artículo, la obligación de debida diligencia⁵⁴⁶.

Baste con esta introducción para presentar el tema de la debida diligencia y responsabilidad estatal, que será tratado, como se ha reiterado ya, en sucesivos apartados. No obstante, sí cabe hacer un breve apunte relacionado con el principio de prevención. Se ha expuesto que diferentes tratados

Estado con carácter subsidiario. GOMÍS CATALÁ, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998. p. 35.

⁵⁴³ Este autor recorre los diferentes niveles de incumplimiento por parte de Suiza y subraya que, pese a que se pudiera constatar una responsabilidad estatal, ninguno de los Estados ribereños afectados demandó al país. Ver en general, JESSURUN D’OLIVEIRA, Hans Ulrich. “Sandoz Accident: The Sandoz Blaze: The damage and the public and private liabilities”. En: FRANCIONI, F; SCOVAZZI, T. *International Responsibility...* op. cit.

⁵⁴⁴ La profesora Lázaro identifica el nexo con claridad y establece las diferencias entre este concepto y el de debida diligencia, siguiendo a Sands. LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 225.

⁵⁴⁵ El Estado tiene el deber de cumplir con una determinada conducta encaminada a minimizar la posibilidad de que el daño ocurra. SCOVAZZI, Tullio. “Some remarks on International responsibility in the field of environmental protection”. En: RAGAZZI, Mauricio. *International Responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 212.

⁵⁴⁶ Respecto de la obligación estatal de no contaminar el medio marino, ver BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. pp. 352-3.

internacionales sugieren una relación objetivo-medio entre la prevención y la debida diligencia. Esta observación puede tener, además, un análisis más profundo relacionado con el tipo de enfoque con que el derecho internacional contempla la responsabilidad estatal y la responsabilidad civil. Así, parece que los tratados que tienen como objetivo la prevención de la contaminación, al dirigirse a los Estados como principales responsables de esta meta, dejan de lado el papel y responsabilidad de los actores no estatales, las entidades privadas (que son los contaminantes directos). Éstas, en cambio, son recogidas en los diversos tratados sobre responsabilidad civil, centrados en el deber de compensación, es decir, del pago de los costos de la contaminación. Esta aparente dicotomía entre ambos tipos de responsabilidades (internacional del Estado y civil de la empresa) plantea un interrogante: dejando el deber de tomar todas las medidas preventivas a los Estados en acción de debida diligencia y restando esta responsabilidad a las entidades privadas (a quienes sólo se les impone una responsabilidad de pagar que es, además, limitada) ¿no se está reduciendo la capacidad de acción del principio de prevención?

1.3.2. Deber de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)

En términos muy generales, la evaluación de impacto ambiental (EIA) es un proceso o conjunto de procedimientos mediante los cuales se recopila información que permite comprender los efectos ambientales de algunos proyectos y que influye en la toma de decisión sobre la pertinencia de los mismos⁵⁴⁷. Ya se ha mencionado la importancia de la EIA en relación con los principios de prevención y precaución. En estas líneas, se expondrán los documentos que evidencian la aceptación de esta norma consuetudinaria a nivel internacional (aunque de manera decisiva ha sido recogida en los ordenamientos internos como un procedimiento básico en los proyectos que afecten al medio ambiente⁵⁴⁸) y que concretan los elementos que la integran.

La norma de evaluación de impacto ambiental comenzó a ser asimilada con su aparición en la *Convención del Derecho del Mar* (1982), que le dedica su Sección 4 (arts. 204-206), pues aunque anteriormente aparecía en algunos tratados, la mayoría era de carácter regional.⁵⁴⁹ Respecto al

⁵⁴⁷ BELL, S.; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. Op. cit. pp. 431-2.

⁵⁴⁸ Los países comunitarios han tenido que adoptar leyes en este ámbito en cumplimiento de la Directiva europea 85/337/CEE luego modificada por la Directiva 97/11/CE. España se rige actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de Enero (BOE núm. 23 de 26/1/2008, pp. 4986-5000), luego modificado por la Ley 6/2010 de 24 de marzo (BOE núm. 73 de 25/3/2010, pp. 28590-28597)

⁵⁴⁹ Tratado del Espacio Exterior (1967), art. IX; el Convenio nórdico de 1974 sobre la protección del medio ambiente, art. 6; Convenio Regional de Kuwait para la Cooperación en la Protección del medio marino de la contaminación (23 de abril de 1978); el Convenio de Lima para la protección del medio marino y las áreas costeras del Pacífico Sudeste (Lima, 12 noviembre, 1981), Convenio Regional para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Aden, (14 de febrero de 1982).

artículo 206⁵⁵⁰, Sands cita el Comentario autorizado de Virginia, que considera la evaluación ambiental descrita en él como una “aplicación particular” de la obligación de los Estados de prevenir daños ambientales transfronterizos, recogida en el art. 194.2⁵⁵¹. que Este mismo año aparecería en la *Carta Mundial de la Naturaleza*, que la incorpora en su principio 11.c. Poco después, el *Acuerdo ASEAN para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales* recoge en su artículo 14 la obligación de los Estados a tomar en cuenta el daño potencial de actividades sobre el medio ambiente y los recursos compartidos. El contenido de esta obligación queda recogido en el *Convención Espoo sobre valoración del impacto medioambiental en un contexto transfronterizo* (1991), en cuyo Apéndice II se recogen los datos mínimos que deben contener estos estudios, incluyendo: la descripción de la actividad y de posibles alternativas de la misma (incluyendo la opción de no realizarla), descripción del medio ambiente que puede ser afectado y del posible impacto ambiental, descripción de medidas paliativas para reducir el daño, indicación de la metodología utilizada, relación de lagunas de conocimiento encontradas etc. Aunque este instrumento tiene carácter regional, otro de alcance global recoge la descripción de la norma a un nivel de detalle similar: el Protocolo de Madrid al *Tratado Antártico* de 1959⁵⁵², en su Anexo I dedicado a la materia. Este instrumento contempla dos tipos de evaluaciones, una inicial para determinar el riesgo y una global para analizar los aspectos ya apuntados por el *Convenio Espoo* y determinar las alternativas. Aunque en este periodo (mediando las Cumbres de Estocolmo y Río) no había suficiente implementación de la norma para ser considerada obligatoria, tras la Cumbre de 1992 otros textos recogieron el testigo⁵⁵³, dando a la EIA un carácter internacional vinculante⁵⁵⁴. Por ejemplo, esta obligación ha tenido un papel relevante en el trabajo de la CDI sobre responsabilidad por consecuencias perjudiciales derivadas de hechos no prohibidos⁵⁵⁵. De

⁵⁵⁰ “Los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205”.

⁵⁵¹ SANDS, P., *Principles of...* op. cit. p. 806. El Comentario citado es NORDQUIST, M. et al (eds.) United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary (1990), vol. IV, 122.

⁵⁵² LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 249. Refiere al Protocolo de Protección Ambiental firmado en Madrid en 1991.

⁵⁵³ Entre los instrumentos coetáneos o posteriores a Río que recogen esta obligación, se pueden citar la Convención sobre el Cambio Climático (art. 4.1); los artículos de la CDI sobre *Responsabilidad Internacional por consecuencias perjudiciales derivadas de hechos no prohibidos por el derecho internacional*, A/CN.4/L.503, de 15 de Julio de 1996; el protocolo de Kiev a la Convención Espoo (2003), que incorpora el concepto de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). También ha sido recogida por las instituciones, como el Banco Mundial, que ha integrado la EIA como un requisito en sus operaciones. *Operational Directive*, World Bank 1989, actualmente *Operational Policy 4.01* (1999). Ver BELL, S.; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. op. cit. p. 434; BARBOZA, Julio, *The Environment*, op. cit. p. 16. También existen una cantidad de instrumentos no vinculantes que recogen esta norma, como las Recomendaciones de la OCDE sobre Análisis de las Consecuencias Ambientales de Proyectos Significativos (1979); los Principios del PNUMA sobre Evaluación de Impacto Ambiental (1987);

⁵⁵⁴ LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 378.

⁵⁵⁵ En su borrador de artículos definitivos sobre prevención de 2001, incluye esta obligación en su artículo 7. *Artículos*

entrada, la Declaración de Río, en su Principio 17, insta a los Estados a realizar una EIA para las actividades que puedan tener un “impacto adverso significativo” sobre el medio ambiente. Aunque el término de “impacto adverso al medio ambiente” puede dar lugar a dudas, en general se reconoce que el texto va más allá del daño ambiental transfronterizo (cuya prevención está obligada *per se*) dado que también incluye el medio ambiente global (por ejemplo, el cambio climático) y el nacional. Así lo recogen Bell y McGillivray, que definen esta obligación como una especie de “estándar de mejor práctica medioambiental en relación con el comportamiento de los Estados” hacia el cumplimiento de ciertos objetivos⁵⁵⁶.

La jurisprudencia también refleja la presencia del deber de la EIA. Un ejemplo es el caso de pruebas nucleares entre Nueva Zelanda y Francia en 1995. Nueva Zelanda solicitó al TIJ que, en virtud de la decisión de este organismo emitida en 1974, supervisara las intenciones del país galo de realizar pruebas nucleares en el Pacífico Sur. En su escrito de solicitud, invocó la obligación de desarrollar una EIA antes de ejecutar el proyecto que implicaba riesgos ambientales y nucleares, apelando a “un tratado internacional concreto [la Convención de Noumea de 1986, art. 16] y al derecho consuetudinario internacional derivado de la práctica internacional generalizada”⁵⁵⁷. Aunque la Corte rechazó pronunciarse sobre el fondo del asunto por falta de jurisdicción, las opiniones disidentes resultan de interés. En concreto, la del Juez Weeramantry, quien determinó que había una obligación *prima facie* de realizar EIA y demostrar que no se producirían daños al medio marino, refiriendo además al principio de precaución y el concepto de equidad inter-generacional⁵⁵⁸. En su completa disertación, el juez se apoya en las Directrices del PNUMA de 1987 para los “Principios y objetivos de la Evaluación de Impacto Ambiental”, cuyo Principio 1 establece el objetivo de la medida desde una perspectiva que podría calificarse de preventiva o precautoria. El texto afirma que “(...) Cuando la extensión, naturaleza o ubicación de una actividad propuesta es tal que es probable que afecte significativamente al medio ambiente, se debe realizar una evaluación de impacto ambiental comprehensiva...” El propio juez la considera una obligación secundaria del principio precautorio, más amplio, y opina que ambos se encuentran ampliamente reconocidos (lo suficiente para que la Corte los tenga en cuenta)⁵⁵⁹. Poco después, el TIJ sí se pronunció sobre el fondo del caso del proyecto *Gabcikovo-Nagymaros*, mencionado arriba, e instó a las partes a “revisar” (*look afresh*) los

sobre Prevención de 2001, art 7.

⁵⁵⁶ BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. op. cit. p. 435.

⁵⁵⁷ *Solicitud para un examen de la situación...* Solitud de Nueva Zelanda, 21 de agosto de 1995. párrs. 73 y ss. [Traducción propia] y ss. Disponible en <http://www.icj-cij.org> [último acceso, 28/2/2012]

⁵⁵⁸ BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. p. 107. Ver *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, en decisión de 22 de septiembre, pp. 344-5.

⁵⁵⁹ *Dissent opinion of Judge Weeramantry*, op.cit. p. 344.

efectos ambientales del proyecto, reconociendo la consolidación de la evaluación de los riesgos ambientales⁵⁶⁰. En opinión de, juez Weeramantry (una vez más de interés), esta afirmación impone un deber de “evaluación de impacto ambiental continuo”, adaptada a la evolución de los conocimientos⁵⁶¹.

Capítulo 2: La protección del medio ambiente en situaciones de contaminación transfronteriza: la debida diligencia de los Estados.

2.1 Concepto y definición de la debida diligencia

La debida diligencia se enmarca en el derecho de la responsabilidad internacional como aquella que atañe al Estado por actos cometidos por personas privadas bajo su jurisdicción⁵⁶². Aunque en tales casos, se puede juzgar a la persona directamente mediante el régimen de responsabilidad civil, ello no exime al Estado de responder por incumplir sus obligaciones internacionales, en este caso, la de prevenir la contaminación transfronteriza. No es éste lugar para desarrollar el debate en torno a qué vía es más apropiada para prevenir la contaminación provocada por agentes privados como las ETN; cualquiera de ellas tiene ventajas e inconvenientes⁵⁶³. La razón de centrar este trabajo en la responsabilidad internacional del Estado parte de creer en la necesidad de seguir avanzando en la construcción del derecho internacional del medio ambiente y en la definición de estándares de protección ecológica. Ello no es menoscabo para los esfuerzos teóricos y prácticos de desarrollar el régimen de responsabilidad civil, que ocupa un papel creciente en el ámbito medioambiental⁵⁶⁴ y que es objeto de numerosos tratados y estudios.

⁵⁶⁰ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, op. cit. pp. 68 y 78.

⁵⁶¹ Opinión separada del Vice-President Weeramantry, p. 11.

⁵⁶² Ver, por ejemplo, LEFEBER, R. op. cit. pp. 57-5. Evidentemente, esta obligación de control de personas privadas es diferente a las obligaciones que conciernen a las personas públicas y cuya conducta es atribuible al Estado como propia. En el caso que aquí atañe, se trata de una obligación primaria de prevenir ciertos daños y cuyo incumplimiento por omisión acarrea responsabilidad internacional.

⁵⁶³ Una parte importante de la doctrina se pronuncia en favor de la responsabilidad directa del contaminante a través de mecanismos de responsabilidad civil o apunta esta tendencia. MARIÑO MENÉNDEZ, F. op. cit. p. 773 (el autor habla de una política de “desinternacionalizar” los litigios); SCOVAZZI, Tullio, “Some remarks on international responsibility...” op. cit. pp. 216-7; BIRNIE, P.; BOYLE, A., op. cit. p. 383 (referido a la contaminación del medio marino); LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 350; GOMÍS CATALÁ, L. op. cit. pp. 32-5.

⁵⁶⁴ Numerosos tratados internacionales se ocupan de la responsabilidad directa del contaminador y de la compensación, por ejemplo, *Convención Internacional sobre responsabilidad civil por los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos*, Bruselas, 29 de noviembre de 1969, completado con la *Convención para el Establecimiento de un Fondo internacional para la compensación por los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos*, Bruselas, 18 diciembre de 1971; *Convención para la prevención de la contaminación por buques*, Londres, 2 de noviembre de 1973. *Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente (Convención de Lugano)*, adoptada por el Consejo de Europa en 1993.

Dicho lo anterior y después de lo explicado en el apartado general del DIMA, se puede definir la debida diligencia en el derecho internacional del medio ambiente como el deber que concreta el principio general *sic utere tuo*, esto es, la libertad de acción de los Estados limitada por el respeto a los derechos de terceros⁵⁶⁵. Al igual que lo hace la doctrina⁵⁶⁶ y la CDI⁵⁶⁷, esta obligación debe ser entendida como una de comportamiento, no de resultado. Su cumplimiento se mide por el compromiso de los Estados de adoptar un conjunto de medidas para evitar en lo posible (es decir, para prevenir) que las actividades bajo su jurisdicción produzcan daños transfronterizos significativos. La atención, por lo tanto, se pone sobre la acción o la actitud de los Estados más que sobre el resultado de la misma⁵⁶⁸. Este aspecto (el carácter de conducta de la norma) ha sido cuestionado al tomar en consideración la redacción del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, que impone la obligación de prevenir la contaminación transfronteriza. Algunos autores han afirmado que la norma aquí descrita es absoluta y no meramente procedimental⁵⁶⁹. No obstante, como ya se explicó en el capítulo anterior, los trabajos preparativos de dicho principio muestran la oposición de muchos delegados a la idea de que se pudiera interpretar en favor de la responsabilidad objetiva⁵⁷⁰. Desde esta perspectiva, la debida diligencia se entiende como un estándar de comportamiento determinado en una circunstancia concreta y considerando los recursos

⁵⁶⁵ Así lo recogía de manera explícita el art. 3 del *Borrador sobre Responsabilidad de 1996*, titulado: “Libertad de acción y sus límites”. El artículo recogía en esencia el principio de debida diligencia expresado en los términos del Principio 21 de Estocolmo. Ver A/CN.4/L.533 and Add.1., En *YbILC, 1996*, vol. II (2), art. 3 y comentario. Aunque el texto definitivo de 2001, eliminó este artículo por considerarlo ya incluido en el resto, el comentario al art. 3 (Prevención) refiere al principio *sic utere* como fundamento y al Principio 21 mencionado. Ver A/CN.4/L.601, *Artículos sobre Prevención de 2001* p. 154, comentario al art. 3 para 1. Para Barboza, mantener este artículo habría servido para recordar el carácter del Principio 21 como parte del derecho internacional general. BARBOZA, J. op. cit. p. 121.

⁵⁶⁶ BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. pp. 114 y 190. Los autores citan, como defensores de esta perspectiva, a Jiménez de Arechaga, en SORENSEN, *Manual Of Public International Law* (London, 1968); SMITH: *State responsibility and the marine environment*; OECD, *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (1977), 386; Dupuy, *ibid* (en OECD...); Ver también PISILLO-MAZZESCHI, R., “Forms of State Responsibility...” op. cit. p. 16; HANQIN, X. op. cit. p. 165; YOUNG, Steven Scott, *International Law of Environmental Protection*, Illinois (EEUU): Cahners, 1995. pp. 174-5.; SCOVAZZI, Tullio, “Some remarks on international responsibility in the field of environmental protection”. En: RAGAZZI, Mauricio (ed.), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden; Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 212-3.

⁵⁶⁷ Así lo ha afirmado la Comisión de Derecho Internacional en los sucesivos trabajos realizados en torno a la prevención de consecuencias dañinas de actividades no prohibidas: Primer informe del Grupo de Trabajo de la CDI para responsabilidad por hechos no ilícitos, presentado ante la 30ª Sesión de la CDI en 1978: A/CN.4/L.284 and Corr. 1., En *YbILC, 1978*, vol II (2), p. 151 para 14; *Borrador sobre Responsabilidad de 1996*, p. 110, comentario al art 3, para 12 y coment. al art. 4, para. 4; y *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 154, comentario al art. 3, para. 7.

⁵⁶⁸ *Borrador sobre Responsabilidad de 1996*, p. 110 comentario al art. 4, para 1; *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 153, comentario al art. 4, para. 5; PISILLO-MAZZESCHI, R. “The due diligence and the nature...” op. cit. p. 126. y “Forms of International Responsibility for Environmental Harm”, En: FRANCIONI, F., SCOVAZZI, T. (eds.) *International responsibility for Environmental Harm*, Londres: Graham & Trotman, 1991, p. 19. LEFEBER, R, op. cit. pp. 61-2.

⁵⁶⁹ LEFEBER, R. op. cit. pp. 63-4.

⁵⁷⁰ UN Doc A/CONF.48/PC.12.Annex II, 15, para. 65. cit. en PISILLO-MAZZESCHI, “The nature of the Due Diligence...” op. cit. p. 127.; LEFEBER, R. op. cit. p. 63.

disponibles⁵⁷¹. Dicho estándar se puede definir como “la conducta deseada de un buen gobierno”⁵⁷² o aquel que marca el umbral de la actividad lícita de un Estado⁵⁷³.

En términos más generales, el concepto de debida diligencia está incorporado al derecho internacional general como el deber del Estado de prevenir, en su jurisdicción, cualquier conducta que constituiría una quiebra de las obligaciones internacionales de dicho Estado si éste la realizara⁵⁷⁴. Se trata, por tanto, de un deber positivo cuya omisión acarrea responsabilidad internacional, en los términos establecidos por los artículos sobre *Responsabilidad internacional por hechos ilícitos* adoptados por la CDI en 2001⁵⁷⁵. En este contexto amplio, la debida diligencia también se entiende como un matiz que mitiga las consecuencias de la responsabilidad internacional en algunos ámbitos del derecho internacional del medio ambiente, así como un concepto “útil para describir el grado de supervisión que un Estado debe ejercitar” sobre las personas privadas en su jurisdicción para evitar daños a terceros Estados⁵⁷⁶.

No obstante, centrando la cuestión en el ámbito medioambiental, las actividades que activan la debida diligencia no están *per se* prohibidas⁵⁷⁷, no son 'hechos internacionalmente ilícitos', sino que, debido a sus características y al riesgo de contaminación transfronteriza importante que entrañan, requieren un cuidado especial por parte del Estado. El art. 1 (complementado por el art. 2) de los *Artículos sobre Prevención* de 2001 de la CDI define de este modo tales actividades. Aunque la Comisión rechazó detallar una lista de actividades afectadas por las normas, sí especifica que el documento se dirige a aquellas consideradas peligrosas y ultrapeligrosas⁵⁷⁸, que pueden ser reconocidas por rasgos determinados, como el tipo de fuente de energía usada, las sustancias manipuladas, la localización de la actividad y su proximidad a fronteras estatales etc.⁵⁷⁹ Pero la

⁵⁷¹ HANQIN, X, op. cit. p. 163, citando a DUPUY, P., “Due diligence in the International Law of liability”, En: *Legal Aspects of transfrontier pollution*, Paris: OCDE, 1997, p. 369. Ver también VOIGT, C. “State Responsibility...” op. cit. p. 10.

⁵⁷² *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 155, comentario al art. 3, para 17.; BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. p. 112.

⁵⁷³ *Draft Articles on the Law of the non-navigational uses of international watercourses*, Doc. A/CN.4/L.493 and Add.1 and 2. En *YbILC*, 1994, vol. II, (2), p. 103, coment. al art. 7 ('Obligation of not to cause significant harm'), para 4.

⁵⁷⁴ YOUNG, S., op. cit. p. 171-2. En términos similares, LEFEBER, R op. cit. p. 62.

⁵⁷⁵ Texto adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones. En: *YbILC*, 2001, vol. II (2). La CDI contempla como hechos internacionalmente ilícitos tanto acciones como omisiones que puedan ser atribuibles al Estado. Ver los comentarios a los arts. 1 y 2 del texto realizados por James Crawford, último relator especial de la Comisión para la materia y responsable del texto concluido, en CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2002. pp. 77, 81-2.

⁵⁷⁶ LEFEBER, R. op. cit. p. 62. PISILLO-MAZZESCHI, R. “The due diligence and the nature...” op. cit. p. 128.

⁵⁷⁷ Excepto algunas actividades que están prohibidas debido a su naturaleza, como verter al mar desechos radioactivos o realizar pruebas nucleares atmosféricas. BIRNIE, P., BOYLE, A. op. cit. p. 114.

⁵⁷⁸ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 149, comentario al art. 1, paras 2-5.

⁵⁷⁹ BARBOZA, J. op. cit. p. 16.

debida diligencia no se reduce a estas actividades notablemente peligrosas o ultrapeligrosas, sino a todas aquellas que, como se ha reiterado, puedan acarrear daños ambientales transfronterizos importantes, o incluso al medio ambiente propio. Estos últimos son casos en los que se impone a los Estados el deber de proteger recursos ambientales localizados en su territorio, ya que afectan a los derechos de terceros. Un claro ejemplo son los recursos naturales compartidos, en especial los cursos de agua⁵⁸⁰. Aquí prevalece el principio de “comunidad de intereses”, por el que cual los Estados no usarán sus recursos acuáticos “de manera que impidan o limiten a otros Estados ribereños hacer un uso completo de sus derechos equitativos y razonables en relación al uso compartido”⁵⁸¹. Como explica Sands, aquí los Estados están más que nunca sujetos a la norma consuetudinaria de negociar, consultar y cooperar en la prevención y solución de controversias. Esta situación se dio en casos ya mencionados: Lago Lanós, Sandoz (Suiza) o el más reciente asunto de *las Papeleras* entre Uruguay y Argentina que dio lugar a la controvertida sentencia del TIJ. Un marco legal de referencia es la *Convención sobre los cursos de agua con fines distintos a la navegación* (1997), que establece el principio de uso equitativo y razonable (art. 5), la obligación de prevención de la contaminación (art. 21) y del daño transfronterizo (art. 21); así como de cooperación e intercambio de información (art. 9). Atendiendo a estos artículos, se puede afirmar que la Convención manifiesta el deber de debida diligencia en el caso concreto de los cursos de agua compartidos y, siguiendo a Sands, que marca un desarrollo importante al establecer normas de aplicación general que pueden trascender el ámbito para el que fue creado. Este autor sostiene que el documento “refleja los estándares mínimos internacionales por debajo de los cuales no deben caer los Estados”⁵⁸².

2.2. Contenido de la debida diligencia: deberes concretos.

A estas alturas, puede afirmarse que el contenido del deber de debida diligencia no es un bloque cerrado y definitivo. Conforme avanza la ciencia y la actividad humana, aparecen nuevos retos a los que el derecho intenta hacer frente mediante la regulación legal. Al igual que ocurre con el derecho nacional, la teoría sigue con retraso los pasos de la sociedad y más aún en el ámbito internacional, dónde la pluralidad de intereses y sujetos internacionales ralentiza cualquier avance normativo, que debe conjugar derechos enfrentados y ejercer control sin vulnerar la soberanía de los Estados, creadores y receptores del derecho. Asimismo, tal y como se explicará más adelante, es difícil

⁵⁸⁰ SANDS, P. *Principles of* op. cit. pp. 184, 462-3.

⁵⁸¹ *Ibid.* p. 462. [Traducción propia].

⁵⁸² *Ibid.* p. 468. [Traducción propia].

establecer un estándar de obligaciones general y uniforme que abarque todo el rango de actividades contaminantes, pues deben tenerse en cuenta el tipo de actividad, el lugar donde se desarrolle y las personas afectadas, entre otros factores económicos, políticos y sociales. En este apartado se perfilarán algunos deberes concretos que integran la obligación de debida diligencia, dejando a la controversia el espacio que sin duda tiene.

Dentro del marco de prevención de daño transfronterizo, puede hablarse del carácter continuado de esta obligación, que está compuesta por aspectos interrelacionados aunque distintos. Dichos elementos constituyen las medidas procedimentales y substantivas que el Estado debe tomar para minimizar o evitar y, en su caso, reparar, el daño ambiental transfronterizo severo que la actividad pueda producir durante todo su ciclo de vida⁵⁸³. A efectos didácticos, Lefeber divide este ciclo de vida en tres fases: planificación, operacional y de terminación de la actividad. Aunque en la primera fase se dan las obligaciones más relevantes para el objetivo de la prevención (y que son reconocidas por la doctrina como las esenciales de la debida diligencia), el autor enfatiza el carácter continuado de éstas a través del deber de supervisión y seguimiento de la actividad en las dos siguientes fases. En definitiva, la mayoría de estudios sobre la materia, en coherencia con documentos internacionales como los de la CDI, agrupan este conjunto de actividades en tres grupos⁵⁸⁴:

- Deber de evaluar el riesgo o el daño.
- Deber de informar y notificar (y derecho de ser informado).
- Deber de consulta y negociación (o balance de intereses).

2.2.1 Deber de evaluar el riesgo o el daño.

En el apartado anterior se ha hablado extensamente sobre el deber de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) antes de autorizar y llevar a cabo actividades que puedan afectar al medio ambiente. La CDI lo recoge en su artículo 7:

'Evaluación del riesgo.

Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del

⁵⁸³ LEFEBER, R. op. cit. p. 34.

⁵⁸⁴ Mencionan esta clasificación, con ligeras diferencias, HANQIN, X. op. cit. pp. 165 y ss; BARBOZA, J., op. cit. pp. 15-19; LEFEBER, R. op. cit. p. 35.

daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental'.

La Comisión vincula este procedimiento a la obligación (recogida en el artículo 6) de que el Estado requiera su autorización previa para *i.* las actividades comprendidas en el ámbito del documento, *ii.* cambios importantes de actividades ya aprobadas o *iii.* modificaciones de cualquier actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación del documento. La finalidad de la medida, según el comentario al artículo, es permitir al Estado determinar la extensión y naturaleza del riesgo implicado en una actividad y, en consecuencia, el tipo de medidas preventivas pertinentes⁵⁸⁵. Nótese que tanto en el comentario al artículo como en el encabezamiento de éste se habla de “riesgo”, pese a que este término no aparece en el cuerpo del artículo, mientras que la versión anterior, de 1996, sí lo incluía (art. 10). Para Barboza, el significado esencial de ambas versiones no cambia: se trata de evaluar el riesgo de impacto, tomando en consideración la extensión probable del daño⁵⁸⁶. Más aún, en un comentario al artículo 3 (Prevención) del texto de 2001, la Comisión apunta al principio de precaución, pues considera que la obligación impuesta por dicho artículo podría implicar “la adopción de medidas que, mediante una abundante cautela, incluso si no existe una completa certeza científica, sean apropiadas para evitar o prevenir un daño serio o irreversible”. Acto seguido vincula dicha afirmación al Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro⁵⁸⁷.

Hanqin, en línea de lo dicho anteriormente por Lefeber, explica que el proceso de evaluación de impacto ambiental se puede desarrollar durante cualquiera de las diferentes fases que componen una actividad, desde el diseño, la planificación y la construcción hasta el desarrollo de la operación⁵⁸⁸. El TIJ ha expresado, en un sentido similar, que a veces es necesario vigilar los efectos del proyecto sobre el medio ambiente durante todo su periodo de duración⁵⁸⁹, por lo que otorga un sentido de continuidad a la medida⁵⁹⁰. La finalidad de esta vigilancia persistente es comprobar que los impactos de la actividad se mantienen siempre en el nivel permitido por el derecho internacional⁵⁹¹ (ahora bien, sobre cuáles son los estándares internacionales en la materia, si es que existen, se tratará en el próximo apartado). En principio, el Estado encargado de realizar la prueba es el Estado

⁵⁸⁵ *Artículos sobre Prevención de 2001*, pp. 158-9, comentario al art. 7, para 1.

⁵⁸⁶ BARBOZA, J. op. cit. p. 123.

⁵⁸⁷ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 155, comentario al art. 3, para 14.

⁵⁸⁸ HANQIN, X. op. cit. p. 166.

⁵⁸⁹ *Asunto Papeleras de Uruguay*. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 205.

⁵⁹⁰ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*. Citado en VOIGT, C. “State Responsibility...” op. cit. p. 14.

⁵⁹¹ LEFEBER, R. op. cit. p. 42.

origen o el que planea la actividad (por sí mismo o mediante los operadores privados, siguiendo algunas directrices establecidas por aquel)⁵⁹². Respecto al contenido de esta medida, la CDI no considera que el artículo en cuestión especifique qué datos o informaciones se deben recabar a través del examen, como tampoco lo hacen la mayoría de los tratados internacionales en la materia, según la Comisión⁵⁹³, con excepciones. Algunas de éstas son el *Convenio Espoo* o el Protocolo de Madrid al *Tratado Antártico* (mencionadas en el apartado anterior). La Comisión menciona el estudio del “Grupo de Expertos en Derecho Ambiental del PNUMA sobre los aspectos legales concernientes al medio ambiente en relación a la minería y perforación en el mar dentro de los límites de la jurisdicción nacional” (1981), que recoge el contenido de la evaluación de impacto en su conclusión N° 8⁵⁹⁴. De modo que, con las excepciones mencionadas, la cuestión sobre el contenido de la medida queda a elección de las normas de derecho interno de los Estados, que pueden ir en forma de legislaciones sectoriales (industria, agricultura, negocios...) El requisito *sine qua non*, afirma la CDI, es que la medida aporte información sobre los posibles efectos dañinos que la actividad puede entrañar⁵⁹⁵. Un ejemplo práctico de esta cuestión aparece en el caso *Papeleras del Río Uruguay*, que será analizado en profundidad en el siguiente apartado pero que atañe también a al deber de evaluar el impacto ambiental.

El caso enfrentó a Uruguay y Argentina debido a la construcción de una planta de celulosa que el Gobierno uruguayo acometió en su margen del Río Uruguay, un curso de agua compartido. En su sentencia definitiva de 2010, el Tribunal reconoció el deber de realizar una evaluación de impacto ambiental (EIA) en situaciones de riesgo de daño transfronterizo como un “requisito bajo el derecho internacional general” e incluso lo consideró un elemento imprescindible para el cumplimiento de la “debida diligencia y el deber de vigilancia y prevención que ésta implica”⁵⁹⁶. Este aspecto positivo de la sentencia se matiza, no obstante, por la poca profundidad de análisis que presenta el Tribunal en torno al contenido y alcance de esta obligación, que podría haber aportado un poco más al derecho internacional sustantivo en la materia. La sentencia analiza, por tanto, dos aspectos: los requisitos procedimentales de la EIA y los aspectos sustantivos de ésta. En cuanto al carácter procedimental, el *Estatuto del Río* (tratado internacional que regula la gestión del curso de agua) establece que la EIA debe realizarse en coordinación con el otro Estado afectado (Argentina) y

⁵⁹² HANQIN, X. op. cit. p. 167; *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 158, comentario al art. 7 para 5.

⁵⁹³ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 158, comentario al art. 7 para 6.

⁵⁹⁴ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 158, comentario al art. 7 para 6. El documento citado es UNEP/GC.9/5/Add.5, annex III.

⁵⁹⁵ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 158, comentario al art. 7 para 7; HANQIN, X. op. cit. p. 166.

⁵⁹⁶ *Caso concerniente a las plantas de celulosa del Río Uruguay*. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 205.

mediante la Comisión administradora del curso de agua (CARU). A su vez, el TIJ valoró la importancia de la notificación previa sobre la actividad en cuestión para facilitar que las partes implicadas evalúen los riesgos del proyecto⁵⁹⁷. De este modo, las EIA, “necesarias para alcanzar una decisión sobre cualquier plan que puede causar un daño transfronterizo sensible a otro Estado”, deben ser notificadas por la parte actuante a la otra parte, mediante la Comisión gestora, en cumplimiento del artículo 7 (segundo y tercer párrafos) del *Estatuto del Río*. El objetivo de esta notificación es “permitir a la parte notificada participar en el proceso de asegurar que la evaluación está completa, de manera que pueda considerar el proyecto y sus efectos en base a un conocimiento pleno de los hechos”, según el artículo 8 del *Estatuto*⁵⁹⁸. Así pues, en violación de los artículos mencionados, Uruguay realizó las evaluaciones de impacto ambiental siguiendo su legislación propia en la materia y a través de un organismo interno (la Dirección Nacional de Medio Ambiente-DINAMA), y expidió las autorizaciones ambientales a las empresas ENCE (española) y Botnia (finlandesa) también de acuerdo a su ordenamiento interno⁵⁹⁹. Estos hechos motivaron que el Tribunal considerase que Uruguay había dado prioridad a su legislación propia sobre sus obligaciones dimanadas del tratado, violando así el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*⁶⁰⁰.

Entrando en el análisis del contenido de la obligación, el TIJ no consideró que Uruguay hubiera incumplido sus obligaciones respecto a los componentes y alcance que deben tener dichas evaluaciones. Argentina había calificado de “insatisfactoria” la evaluación de impacto ambiental en que se basó Uruguay para autorizar el proyecto de la planta Orion (Botnia), pues no había tomado en cuenta todos sus impactos potenciales, y como referencia legal mencionó la *Convención de Espoo* y los “Objetivos y Principios” del PNUMA de 1987⁶⁰¹. El Tribunal consideró que los instrumentos mencionados no eran vinculantes para los Estados parte y, suscribiendo la postura de Uruguay⁶⁰², observó que ni el derecho internacional ni el *Estatuto* de 1975 especifican el ámbito y contenido de una EIA. Por tanto, concluyó que el contenido de la EIA será determinado por cada Estado en su legislación o procedimiento interno, “teniendo en cuenta la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su probable impacto adverso sobre el medio ambiente, así como a la

⁵⁹⁷ TIJ. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 115.

⁵⁹⁸ *Íd.*, párraf. 119. [Traducciones propias].

⁵⁹⁹ *Íd.*, párrafs. 106 y 117.

⁶⁰⁰ Dicho artículo establece que “las partes no invocarán las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Citado en *Íd.*, párraf. 121.

⁶⁰¹ “Objetivos y Principios sobre la Evaluación de Impacto Ambiental”, aprobados por el PNUMA en 1987. (UNEP/WG.152/4 Annex (1987). Ver TIJ. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 203.

⁶⁰² Éste había hecho referencia a los *Artículos sobre Prevención de 2001* de la CDI que, como se apuntó arriba, no recogen ninguna provisión concreta sobre el contenido de la EIA.

necesidad de ejercitar debida diligencia en el desarrollo del procedimiento”⁶⁰³. Para la profesora Angles Hernández, las evaluaciones ambientales presentadas por Uruguay (y realizadas conforme a su ordenamiento jurídico, como se ha insistido), omitían detalles importantes, como la información relativa a que la creciente emisión de dioxinas que, se estima, generarán las plantas, e incrementará las emisiones de Uruguay en más de un 1%, lo que contraviene lo dispuesto en la Convención de Estocolmo sobre COP (que exige una reducción anual de determinadas emisiones)⁶⁰⁴. Otro factor ignorado es la presión sobre el recurso hídrico que suponen las plantas de celulosa. Según la autora, se ha estimado que se extraerán 1.900 millones de metros cúbicos de agua dulce para el funcionamiento de las plantas durante 40 años, a lo que se suma la cantidad de agua necesaria para el crecimiento acelerado de los árboles que alimentan el funcionamiento de las plantas⁶⁰⁵.

Además de lo anterior, el Tribunal debía pronunciarse sobre tres elementos concretos que Argentina consideraba esenciales en la evaluación de impacto ambiental: la búsqueda de ubicaciones alternativas para la planta, el cuidado de la calidad y el carácter ecológico del río y la consulta a las poblaciones afectadas. Sobre lo primero, Argentina había denunciado que éste era un elemento necesario de las EIA, según los instrumentos internacionales arriba mencionados y la Política Operacional 4.01 de la CFI⁶⁰⁶ y que Uruguay no había considerado, en su evaluación ambiental, una localización alternativa a la de Fray Bentos para la ubicación de la planta, pese a la poca idoneidad de esta opción. El Tribunal analizó la cuestión y determinó que Uruguay no había incumplido dicha obligación pues había estudiado otras opciones antes de elegir Fray Bentos.⁶⁰⁷ Respecto a la adecuación de la zona escogida por las características ecológicas, el TIJ no entró a analizar los datos científicos aportados por las partes (algo que fue objeto de crítica, como se verá más adelante) sino que se limitó a apuntar como marco de referencia los estándares de calidad del agua establecidos por la CARU. De este modo, como las partes no establecieron que los vertidos de la planta hubieran excedido dichos estándares, el Tribunal no determinó que Uruguay incumpliera sus obligaciones del tratado⁶⁰⁸. En último lugar, ambos Estados coincidieron en la idoneidad de que las EIA tomaran en consideración la opinión de las poblaciones afectadas mediante procesos de consulta, pero ni para

⁶⁰³ TIJ. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 205.

⁶⁰⁴ ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. cit. p. 81. *Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes*, 2001. Uruguay es parte de este documento, que ratificó el 9 de febrero de 2004.

⁶⁰⁵ Angles apunta a que son necesarias entre 3 y 4 toneladas de madera para producir una tonelada de celulosa. *Ibid.* pp. 81-2.

⁶⁰⁶ TIJ. Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 207. La CFI refiere a la Corporación Financiera Internacional, una institución del Grupo Banco Mundial destinada a invertir en proyectos privados en países en desarrollo. En 1998, la CFI adoptó una Política Operacional de Impacto Ambiental, según la cual todos los proyectos financiados por la CFI deberán ser objeto de una EIA considerando, entre otras cosas, los impactos sociales y ambientales de aquellos.

⁶⁰⁷ *Id.* párraf. 210.

⁶⁰⁸ *Id.* párraf. 205.

Uruguay ni para el Tribunal esto es una obligación legal vinculante. No obstante, los jueces observaron que Uruguay sí había realizado reuniones con ONGs y asociaciones civiles, lo que le valió como proceso de consulta⁶⁰⁹.

El caso práctico expuesto ilustra el carácter de alguna manera flexible o relativo del deber de realizar una EIA. Partiendo de la obligación absoluta de realizar este procedimiento, los aspectos relativos a la extensión o calidad del análisis dependen de las circunstancias legales, políticas, técnicas y económicas del caso. Por una parte, la capacidad económica y tecnológica del Estado en cuestión condiciona el tipo de evaluación que desempeñe. Haqin sostiene que, como práctica general, se espera que los Estados usen sus mejores medios prácticos y disponibles según lo requieran las circunstancias y que, aunque el resultado no sea determinativo del riesgo de la actividad, si la evaluación está realizada de buena fe por el Estado de origen, sirve para dar cumplida la obligación internacional.⁶¹⁰ Por otra parte, y como se ha visto en el caso *Papeleras*, el marco legal concreto condiciona también el tipo de obligación. Cuando hay un tratado internacional que obliga al Estado a realizar una evaluación ambiental, la obligación es clara. “En ausencia de tal obligación convencional, no obstante, es cuestionable si tal deber puede ser reclamado sobre las bases del derecho consuetudinario. Si el derecho nacional no exige una evaluación de impacto ambiental, será difícil argumentar que la obligación de debida diligencia, o cualquier otra norma de derecho internacional consuetudinario, demanda que el Estado de origen cumpla tal deber⁶¹¹”.

2.2.2. Deber de informar y notificar (y derecho de ser informado).

El deber de informar es un componente fundamental del principio general de cooperación entre los Estados⁶¹² y del de prevención⁶¹³. En el marco de la obligación de debida diligencia, implica que el Estado que tiene la intención de realizar o autorizar en su jurisdicción una actividad que pueda producir daño ambiental transfronterizo debe notificar a los Estados afectados por dicho riesgo y facilitarles toda la información de relevancia disponible⁶¹⁴. En el caso del *Estrecho de Corfú*, el TIJ

⁶⁰⁹ *Íd.* párraf. 215-6 y 219. Lo que no aclara el Tribunal es si el diseño final del proyecto toma en consideración la opinión vertida por las partes consultadas. Atendiendo a la reacción de rechazo que el proyecto ha suscitado entre la población argentina, no parece que esto haya sido así.

⁶¹⁰ HANQIN, X. op. cit. p. 168. LEFEBER, R. op. cit. pp. 35-6.

⁶¹¹ HANQIN, X. op. cit. p. 167.

⁶¹² *Ibid.* p. 170; En el caso *Papeleras de Uruguay*, el TIJ afirmó que el deber de informar permite iniciar la cooperación entre los Estados, elemento imprescindible para cumplir el deber de prevención. *TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010*, párraf. 102.; MANERO SALVADOR, A. “Una oportunidad perdida: apreciaciones sobre el fallo del Tribunal Internacional de Justicia sobre el asunto de las papeleras en el Río Uruguay y la protección internacional del medio ambiente”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, vol. 62 núm. 1, pp. 319-323.

⁶¹³ BARBOZA, J. op. cit. p. 17.; *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 159, comentario al art. 8, para. 2.

⁶¹⁴ BARBOZA, J. op. cit. p. 17.

llegó a fundamentar esta obligación en 'consideraciones elementales de humanidad'⁶¹⁵. Según lo interpreta la Comisión de derecho internacional, en su artículo 8, el deber de notificar se activa en el momento en que la evaluación de impacto ambiental sobre la actividad implicada indica un riesgo de daño transfronterizo⁶¹⁶. La notificación debe realizarse, además, de manera “oportuna” y, según el apartado 2) del artículo, el Estado de origen debe abstenerse de tomar cualquier decisión sobre la autorización de la actividad mientras espera, durante un periodo máximo de seis meses, una respuesta por parte del Estado afectado. La medida, junto a otras recogidas en los artículos 9 (consultas sobre medidas preventivas), 11 (procedimientos en ausencia de notificación), 12 (intercambio de información) y 13 (información al público) del texto de 2001 conforma un conjunto de procedimientos esenciales para el balance de intereses entre el Estado de origen y aquellos afectados.⁶¹⁷ En opinión del TIJ, es un procedimiento necesario además para que las partes afectadas por el proyecto decidan, de forma conjunta y en base a una información completa, las medidas encaminadas a prevenir los posibles daños⁶¹⁸. No obstante, la práctica general admite que la realización de la actividad notificada no depende del consentimiento del Estado afectado, al que de otra manera se le reconocería un *derecho de veto* sobre otro Estado soberano⁶¹⁹.

En general, se pueden distinguir tres ámbitos que reconocen el deber de notificar e informar:

a. El contexto general de actividades con efectos transfronterizos: Aquí se aplica lo dicho en las líneas anteriores de manera introductoria. Al advertir, mediante una evaluación de impacto ambiental debida, que la actividad planificada entraña riesgos transfronterizos, el Estado implicado debe notificar a los posibles afectados. Por citar algunas fuentes, esta obligación aparece recogida en la *Convención Espoo*⁶²⁰, en la *Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales*⁶²¹ de 1992, en la *Convención sobre diversidad Biológica*⁶²² o en instrumentos no vinculantes pero

⁶¹⁵ La Sentencia del Tribunal en este caso, de 1949, se considera el germen de la consuetudinaria de información y notificación. Ver LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 103. También BARBOZA, J. op. cit. p. 17. Fragmento de la sentencia en *I.C.J. Reports* 1949 op. cit. p. 22.

⁶¹⁶ *Artículos sobre Prevención de 2001*, art. 8. “Notificación e información”. LEFEBER, R. op. cit. p. 38.

⁶¹⁷ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 159, comentario al art. 8, para. 1. Para Barboza, la medida permite además que el Estado afectado pueda decidir, en base a una información completa, su posición respecto a la actividad planificada. BARBOZA, J. op. cit. p. 17.

⁶¹⁸ *TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010*, párraf. 113 y 115.

⁶¹⁹ HANQIN, X. op. cit. p. 170. *Artículos sobre Prevención, 2001*, p. 161, comentario al art. 9, para 10. El TIJ muestra la misma opinión, como se verá en el análisis del caso *Papeleras de Uruguay*.

⁶²⁰ Convención sobre la valoración del impacto ambiental en un contexto transfronterizo. art. 3.

⁶²¹ Adoptada en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, el 18 de marzo de 1992, arts. 3 y 10.

⁶²² 1992. Artículo 14.1.c.

relevantes como la Declaración de Río de Janeiro (principio 19) o la *Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados* (art. 3). La OCDE también se hace eco. En su recomendación “Principios relativos a la contaminación transfronteriza” (1974), incluye el 'Principio de información y consulta' respecto de aquellas actividades que puedan crear riesgo de contaminación transfronteriza significativa⁶²³

b. Contexto de emergencias ambientales: El artículo 28. 2 del Convenio sobre los cursos de aguas internacionales (en adelante, Convenio de 1997) establece que, ante una situación de emergencia, “El Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones competentes...” Este tratado refiere al contexto particular de los recursos naturales compartidos y aún no ha entrado en vigor, pero la obligación está tan consolidada para el caso de emergencias o accidentes ambientales en general que ha sido considerado como norma consuetudinaria⁶²⁴. En el ámbito nuclear, escenarios de catástrofes históricas como la de Chernobyl, ha recibido gran atención desde la década de los 80⁶²⁵. Pero también está recogida en el medio marino⁶²⁶ y en el de protección de la biodiversidad⁶²⁷ y en muchos otros⁶²⁸. El contexto de accidentes relacionados con hidrocarburos fue objeto de un tratado ya en 1969⁶²⁹. Más tarde, se firmaron el Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (1990)⁶³⁰ y el Convenio de Helsinki sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales de 1992⁶³¹, junto a su Protocolo de Kiev sobre responsabilidad civil e indemnización (2003).

⁶²³ Anexo a la recomendación del Consejo C(74)224 de 14 de noviembre de 1974 sobre “Algunos principios relativos a la contaminación transfronteriza”. Este documento y otros de los citados arriba han sido mencionados por la CDI en su comentario al artículo 8, para 5, *Artículos sobre Prevención de 2001*.

⁶²⁴ MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Medio ambiente. Protección y Responsabilidad*. Madrid: Dilex, 2007. pp. 40-1. El deber de notificar en situaciones de emergencia también es considerado como una norma consuetudinaria (DIMENTO, J. op. cit. p. 29.)

⁶²⁵ Fue objeto específico de un tratado, la Convención sobre la pronta notificación de los accidentes nucleares, firmado el 26 de septiembre de 1986. También aparece en la Convención sobre Seguridad Nuclear de 1994 (art. 17.iv)

⁶²⁶ Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 198, “Notificación de daños inminentes o reales”.

⁶²⁷ Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 14.d.

⁶²⁸ Para una lista amplia de tratados y otros instrumentos internacionales, ver LEFEBER, R. op. cit. p. 45.

⁶²⁹ *Convención Internacional relativa a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen o puedan causar contaminación por hidrocarburos*. Bruselas, 29 de noviembre de 1969. El art. III establece que, en el ejercicio de su deber de tomar medidas para minimizar el daño derivado de accidentes (art. I), los Estados deberán notificar a los Estados afectados por el accidente.

⁶³⁰ Recoge el deber de notificar a los Estados afectados por los accidentes en su art 5. 1,c.

⁶³¹ Regula este deber en los artículos 10 (Sistemas de notificación de los accidentes industriales), 11 (Respuesta) y 12 (Asistencia mutua)

c. *Contexto de los cursos de agua internacionales*: Esta cuestión ha sido objeto de estudio de la CDI, que en 1994 presentó un borrador de artículos donde recoge, en su artículo 12, el deber de 'Notificación respecto a las medidas planificadas con posibles efectos adversos'. En el comentario a este artículo, la Comisión cita algunas fuentes de este deber, entre ellas la Recomendación 51 del Plan de Acción para el Medio Humano adoptada por el PNUMA en 1972⁶³² o la Declaración de Montevideo adoptada en la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, donde se estipula no sólo la obligación de notificación previa, sino el consentimiento previo al respecto de modificaciones potencialmente perjudiciales⁶³³. En la actualidad, el marco principal de referencia es la Convención sobre el derecho de uso de los cursos de aguas internacionales con fines distintos a la navegación de 1997, que recoge esta obligación en su artículo 12 y la regula en toda la parte III ('Medidas proyectadas').

a. El caso de las Papeleras del Río Uruguay

Para analizar esta obligación contenida en la debida diligencia, resulta de gran oportunidad el caso de las *Papeleras del Río Uruguay*, que ha sido objeto no hace mucho de una polémica sentencia por parte del TIJ⁶³⁴. El asunto implicaba el proyecto del Gobierno uruguayo de autorizar la construcción de dos plantas de celulosa en su margen del Río Uruguay, un curso de agua internacional⁶³⁵ compartido con Argentina y que además sirve de frontera entre ambos países. Es un caso de especial interés, no sólo por sus implicaciones políticas entre dos Estados tradicionalmente amigos, sino por los elementos que confluyen: la soberanía estatal sobre los recursos naturales, el papel de las ETN a través de la inversión extranjera directa y los fenómenos socioeconómicos originados en la población de acogida⁶³⁶. Todo ello, con el marco de fondo de la protección internacional del medio ambiente. El proyecto de la disputa es el de la planta de la empresa finlandesa Botnia,

⁶³² Recomendación del Plan de Acción... subpárrafo b (i) relativo a la notificación de nuevos usos. Citado en *Draft Articles on Non-navigational uses...* op. cit, p. 112, comentario al art. 12, para. 9.

⁶³³ Párrafo 6 y 8 de la Declaración de Montevideo. Citado en *Draft Articles on Non-navigational uses...* op. cit, p. 113, comentario al art. 12, para. 10.

⁶³⁴ *Caso concerniente a las plantas de celulosa del Río Uruguay*. TIJ, Fallo de 20 de abril de 2010.

⁶³⁵ Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales... define "curso de agua internacional" como un "curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos" (art. 2.b) y "curso de agua" como un "sistema de aguas de superficie y subterráneas que [...] constituyen un conjunto unitario..." (art. 2.a) Este carácter de conjunto conlleva la interconexión de los Estados ribereños. HANQIN, X, op. cit. p. 169.

⁶³⁶ Marisol Angles explica que el factor socioeconómico surge de las demandas de una población muy afectada por el proyecto, la comunidad Gualaguaychú, que ha reclamado sobre su derecho a ser informado y consultado sobre proyectos que afecten su modo de vida. ANGLES HERÁNDEZ, Marisol. "Fallo de la Corte Internacional de Justicia, evidenciado en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2011, vol. XI, p. 82.

localizada en la localidad de Fray Bentos⁶³⁷. El curso de agua se rige por el *Estatuto del Río Uruguay*⁶³⁸, que determina las obligaciones de ambos países en la utilización del río y respecto a los proyectos que, aún bajo jurisdicción estatal de una parte, puedan afectar los derechos del otro Estado parte. El 4 de mayo de 2006, y tras varios intentos de negociación infructuosos, Argentina presentó una demanda contra Uruguay ante el TIJ alegando que, en el proceso de autorización de las plantas, este país había desoído una serie de obligaciones recogidas en el *Estatuto*, entre ellas la de informar a la CARU (Comisión Administradora del Río Uruguay) y al Gobierno argentino, según lo establecido en el artículo 7 y regulado por todo el Capítulo II del documento. Otras obligaciones alegadas, de carácter ya substantivo, fueron la obligación de tomar las medidas adecuadas para el uso óptimo y racional del río (art. 4 del Estatuto); de preservar el medio acuático y prevenir su contaminación (art. 41 a. y 41.c de cooperación para dicho fin), y de no causar daño ambiental transfronterizo a las riberas opuestas del río o a otras zonas de influencia (recogido en el art. 7 de la Convención de 1997 y costumbre internacional). Argentina concluye su relación de agravios con “otras obligaciones derivadas de provisiones substantivas y procedimentales de derecho general, convencional y consuetudinario que sean necesarias para la aplicación del Estatuto de 1975”⁶³⁹. Estas obligaciones están también recogidas en la *Convención de 1997*⁶⁴⁰, aunque ésta no haya entrado en vigor, y algunas de ellas constituyen principios generales del DIMA o normas consuetudinarias, como se han descrito en el apartado anterior del trabajo.

Argentina acompaña su demanda solicitando al Tribunal que adopte medidas provisionales consistentes en la suspensión inmediata de la autorización para la construcción de las plantas con el fin de salvaguardar sus derechos de asegurar que Uruguay cumple con sus obligaciones derivadas del *Estatuto*, que no iniciará ninguna actividad que pueda producir daño ambiental significativo al río o a Argentina y para garantizar la salubridad del ambiente de la población que habita la ribera⁶⁴¹. La cuestión de interés reside en que se trata de la primera vez que un Estado solicita al Tribunal el

⁶³⁷ La otra planta proyectada, perteneciente a la empresa española ENCE, fue trasladada a otra zona durante los procesos diplomáticos de negociación, que tuvieron lugar entre 2002 y 2006. Ver MANERO SALVADOR, Ana. “El asunto de las papeleras del Río Uruguay”, en *Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de derecho ambiental*. 2009, núm. 18. Para otro trabajo de la misma autora, ver “El Tribunal Internacional de Justicia en el ámbito iberoamericano. El asunto de las papeleras en el Río Uruguay”. En FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. op. cit.

⁶³⁸ Incluido en el *Tratado de 26 de febrero de 1975*, suscrito entre la República de Argentina y la República Oriental del Uruguay. En adelante, el *Estatuto*.

⁶³⁹ *Solicitud de procedimiento, 4 Mayo 2006, Caso concerniente a las papeleras...*, párr. 24.h. [Traducción propia]

⁶⁴⁰ Uso equitativo y racional del recurso compartido (art. 5.1); Información y notificación sobre medidas con posibles efectos significativos (arts. 11 y 12); Prevención de la contaminación y preservación del ambiente (art. 7); Cooperación en la prevención de la contaminación (art. 8.1)

⁶⁴¹ *Request for the indication of Provisional Measures*, anexo a la demanda, mayo 2006, p. 1. Ver también MANERO SALVADOR, A., “El asunto de las papeleras...” op. cit.

establecimiento de medidas cautelares “para frenar el desarrollo de proyectos de inversión extranjera”⁶⁴². El Tribunal, no obstante, rechazó la solicitud por no considerar que ni la autorización ni la construcción de las plantas supusieran un riesgo inminente para los intereses de Argentina⁶⁴³. Decisión que encuentra la opinión disidente del juez Vinuesa, basada en el principio de precaución y a la incertidumbre sobre el riesgo que supone la construcción de las papeleras.⁶⁴⁴

Sobre el fondo de la cuestión, con objeto de responder al tema concreto de este apartado, estas líneas harán hincapié en la decisión relativa al deber de informar y consultar, aunque es necesario también mencionar lo relativo a las obligaciones substantivas, que ha motivado la crítica de parte de la doctrina. En efecto, si, como denuncia Argentina, Uruguay autorizó de *manera unilateral* en 2003 y 2004 los proyectos de las plantas de ENCE y Botnia, ignorando las demandas iniciadas por Argentina ante la CARU y sus sucesivas protestas⁶⁴⁵, ello supondría una violación del procedimiento establecido en el Capítulo II del Estatuto, en concreto de los artículos 7 y 9 (de este último se desprende que la parte interesada debe esperar respuesta de la parte notificada durante un plazo máximo de seis meses – art. 8- antes de autorizar la actividad). Para la profesora Ana Manero, ésta es una cuestión “clara”⁶⁴⁶ y, de hecho así lo consideró el Tribunal en su sentencia de 20 abril de 2010, que reconoce que Uruguay no cumplió con la obligación (recogida en el artículo 7 del Estatuto) de informar a la CARU sobre los proyectos de ENCE y Botnia, “a pesar de las peticiones hechas por la Comisión a este respecto en varias ocasiones”⁶⁴⁷. Después de enumerar otros detalles de la actitud de Uruguay entre 2002 (cuando la CARU tuvo conocimiento de los proyectos a través de las propias empresas implicadas) y 2005, el Tribunal concluyó que dicho Estado incumplió el artículo 7.1 del Estatuto⁶⁴⁸. Acto seguido, consideró que Uruguay había violado también la obligación de notificar a la otra parte a través de la CARU⁶⁴⁹ en caso de que este organismo determine que la actividad planificada acarrea algún peligro, según el artículo 7.2 del Estatuto. Como se ha afirmado, Uruguay no informó a la Comisión antes de autorizar los proyectos en cuestión. En su lugar, realizó sendas evaluaciones de impacto ambiental de acuerdo a su legislación propia y a través de un organismo interno (la Dirección Nacional de Medio Ambiente- DINAMA),

⁶⁴² ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. op. cit. p. 79.

⁶⁴³ Request for the indication of Provisional Measures. Decisión de 13 de julio 2006. Párr. 73-77. Cit. en MANERO SALVADOR, A. “El asunto de las papeleras...” op. cit.

⁶⁴⁴ Dissenting opinion of Judge Vinuesa, p. 152. Citado también en ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. op. cit. p. 86.

⁶⁴⁵ *Application Instituting Proceedings, 4 May 2006*, párr. 9-14

⁶⁴⁶ MANERO SALVADOR, A. “El asunto de las papeleras...” op. cit.

⁶⁴⁷ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 106.

⁶⁴⁸ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf.111. Ver también MANERO SALVADOR, A. “Una oportunidad perdida...” op. Cit., pp. 319-323.

⁶⁴⁹ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 122.

y expidió las autorizaciones de acuerdo con su legislación⁶⁵⁰. Ello es motivo para que el Tribunal considere que Uruguay dio prioridad a su legislación propia sobre sus obligaciones dimanadas del tratado, violando así el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*⁶⁵¹

Asumiendo, por tanto, que Uruguay incumplió sus obligaciones procedimentales recogidas en el tratado que rige el curso de agua compartido con Argentina, lo que no está tan claro es que la constatación de dicho incumplimiento implique la ilicitud del proyecto y, por lo tanto, su desmantelamiento. Como se apuntó más arriba, el deber de informar y notificar no supone un derecho de veto para ningún Estado sobre los proyectos de otro en su soberanía territorial. Coincidente con esta afirmación, la profesora Manero reproduce una cita que ha sido usada por la doctrina en defensa de este argumento, perteneciente a la sentencia arbitral del *Lago Lanos*: “Admitir que en una materia determinada no puede ejercerse ya más competencia que con la condición o por la vía de un acuerdo entre dos Estados es aportar una restricción esencial a la soberanía de un Estado, y sólo podría ser admitida en presencia de una demostración precisa”⁶⁵². En esta sentencia del caso *Lago Lanos*, el Tribunal rechaza esta concepción extrema del deber de notificar y cooperar y lo justifica planteando la hipótesis de que los Estados interesados no puedan alcanzar una negociación. En tal caso, explica, el Estado interesado en la actividad perdería su derecho a actuar y la otra parte adquiriría un “derecho de veto que, a discreción de un Estado paraliza el ejercicio de la jurisdicción territorial de otro”⁶⁵³. El TIJ presenta en el caso de *las Papeleras* una postura similar, rechazando la petición de Argentina de que la responsabilidad internacional de Uruguay derivada de sus hechos ilícitos deba ser compensada mediante una *restitutio in integrum*, en este caso, el desmantelamiento de la planta de Botnia⁶⁵⁴. El Tribunal considera que la declaración de conducta ilícita de Uruguay “constituye *per se* una medida de satisfacción para Argentina” y, asimismo, que “(c)omo las quiebras de las obligaciones internacionales por parte de Uruguay ocurrieron en el pasado y han llegado a su fin, no hay razón para ordenar su cese”⁶⁵⁵.

Precisamente esta última cita permite conducir el análisis a la decisión sobre las obligaciones sustantivas que, según Argentina, Uruguay habría violado. Aunque son cuestiones ajenas a este

⁶⁵⁰ *Íd.*, párraf. 117.

⁶⁵¹ Dicho artículo establece que “las partes no invocarán las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Citado en *Íd.*, párraf. 121.

⁶⁵² MANERO SALVADOR, A. “El asunto de las papeleras...” op. cit. El párrafo citado pertenece a la sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, en el *Caso Lago Lanós, (Francia v. España)*. En: (1957) 24 I.L.R 101., p. 22.

⁶⁵³ *Caso Lago Lanós, (Francia v. España)*. En: (1957) 24 I.L.R 101., p. 23. [Traducción propia]

⁶⁵⁴ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 270.

⁶⁵⁵ *Íd.*, párraf. 269.

apartado del trabajo, son objeto de interés para la materia y han sido referidas en apartados anteriores, por lo que merecen consideración.

A este respecto, algunas autoras como las profesoras Angles y Manero han criticado en profundidad esta sentencia por su carácter “conservador” y por haber perdido el Tribunal, con ella, una gran oportunidad para avanzar en la protección internacional sustantiva del medio ambiente y sentar un precedente jurisprudencial en la materia⁶⁵⁶. Varias son las cuestiones que centran la crítica, que han sido apuntadas además por los jueces disidentes en la sentencia.

En primer lugar, y retomando el hilo anterior, Argentina había solicitado una *restituto in integrum*, argumentando “que las obligaciones procedimentales y las obligaciones sustantivas establecidas en el Estatuto de 1975 están íntimamente relacionadas y no pueden ser separadas unas de otras para los propósitos de la reparación, ya que los efectos indeseables de las primeras persisten incluso cuando la violación ha cesado”⁶⁵⁷. Las obligaciones sustantivas que el Tribunal reconoce son las recogidas en los artículos 35, 36 y 41 del *Estatuto* del río: deber de tomar las medidas necesarias para prevenir la contaminación del río o alterar la calidad de sus aguas y para evitar alterar el equilibrio ecológico del curso de agua y el deber de preservar el medio acuático y prevenir su contaminación. Según la visión demandante, el incumplimiento de las obligaciones procedimentales de notificar, informar y consultar, siguen teniendo consecuencias sobre el deber de prevenir y proteger el medio acuático con posterioridad al cese de dicha violación. Esta afirmación es lógica si se mantiene lo dicho en el capítulo anterior de esta parte: que la debida diligencia y el principio de prevención tienen una relación medio-meta; la prevención de la contaminación es el objetivo o la meta que se establece y la debida diligencia, una de las vías encaminadas a alcanzar dicho fin. Atendiendo al Estatuto del Río Uruguay, en su artículo 1 establece como fin último del documento “establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río” y a este objetivo sirven el resto de artículos y las obligaciones procedimentales en él contenidas. Pues bien, el Tribunal rechazó esta visión, considerando ambas cuestiones como independientes tal y como justificaba Uruguay⁶⁵⁸. Por lo tanto, sólo de considerarse violadas las obligaciones sustantivas se podría sopesar el cese de la actividad en cuestión. Cuestión que no tiene lugar, pues el Tribunal decide, por once votos contra tres, que Uruguay no ha violado sus obligaciones derivadas de los artículos 35, 36 y 41. De entrada, como apunta Angles y el voto disidente del juez Cançado Trindade, es criticable que los jueces se hayan basado exclusivamente en

⁶⁵⁶ Ver los textos citados: MANERO SALVADOR, A. “Una oportunidad perdida...” op. Cit., pp. 319-323. ; ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. cit. p. 79.

⁶⁵⁷ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 270.

⁶⁵⁸ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 271. Crítica al respecto en ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. Cit. p. 90;

este documento, ignorando el resto de fuentes de derecho aplicables al caso: los principios de derecho internacional ambiental, otros tratados internacionales o las normas consuetudinarias⁶⁵⁹. Esto constituye una violación del propio Estatuto de la Corte⁶⁶⁰ y además ignora el artículo 1 del Estatuto del río, que dicta que las partes mantendrán “estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes”.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal es decisivo que se haya adoptado la regla tradicional de la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre Argentina por ser la demandante. Hay aquí un rechazo del principio de precaución, concebido especialmente para casos de complejidad científica como éste. Así, el Tribunal afirma que “aunque una perspectiva precautoria puede ser relevante para la interpretación y aplicación de las provisiones del Estatuto, de esto no se deduce que opere como una inversión de la carga de la prueba”⁶⁶¹. De ello, como explica la profesora Manero, deriva en parte la opinión disidente de los jueces los jueces Al-Khasawneh y Simma, quienes han criticado el uso de “reglas tradicionales de la carga de la prueba” por parte del Tribunal⁶⁶². Más aún cuando, asimismo, el Tribunal no ha hecho uso de su facultad para habilitar a expertos que investiguen los aspectos científicos del asunto, limitándose a considerar los datos aportados por las partes⁶⁶³. Las opiniones disidentes de los jueces Yusuf, Al-Khasawneh y Simma cuestionan este aspecto. El primero muestra preocupación porque el Tribunal rechaza este procedimiento “en un caso tan complejo a nivel científico y fáctico como el actual”⁶⁶⁴. Por su parte, los dos últimos apuntan, además, que tal actitud pertenece a una “desafortunada historia de persistir, cuando se enfrenta a evidencias sofisticadas, científicas y técnicas en apoyo a las demandas legales presentadas por los Estados, en resolver tales asuntos puramente a través de la aplicación de sus técnicas tradicionales legales”⁶⁶⁵.

Es pertinente concluir este apartado de la sentencia con una cuestión relativa a la carga de la prueba y el nexo causal en los fenómenos medioambientales. Al-Khasawneh y Simma mencionan que el Tribunal alega en varias ocasiones que “no hay evidencia [clara] para apoyar” algunas demandas,

⁶⁵⁹ ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. Cit. p. 88-89.

⁶⁶⁰ El artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece las fuentes de derecho que aplicará el tribunal en la resolución de los conflictos. Ver también ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. Cit. P. 79.

⁶⁶¹ TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010, párraf. 164.

⁶⁶² La profesora considera que, aquí, el Tribunal se mantiene en la tendencia marcada por el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*. MANERO SALVADOR, A. “Una oportunidad perdida...” op. Cit., pp. 319-323. Ver opinión disidente: *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, párraf. 5.

⁶⁶³ Así lo explica en el párrafo 168 de la Sentencia. MANERO SALVADOR, A. “Una oportunidad perdida...” op. Cit., pp. 319-323; ANGLES HERNÁNDEZ, M. op. Cit. p. 93.

⁶⁶⁴ *Declaration of Judge Yusuf*, Párraf. 13.

⁶⁶⁵ *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, párraf. 12.

que la evidencia “no sostiene las demandas”⁶⁶⁶ presentadas por Argentina, etc. Precisamente, uno de los problemas mencionados por la doctrina en relación a los litigios medioambientales es la dificultad de establecer el nexo causal entre el daño ambiental y la fuente. Así por ejemplo, Gerhard Loibl reconoce que la dificultad para cumplir uno de los requisitos de la responsabilidad internacional (determinar la relación de causalidad entre el acto u omisión del estado y el daño), está especialmente marcada en el ámbito ambiental. El autor pone el ejemplo de los COP (contaminantes orgánicos persistentes), que tienen serios efectos negativos sobre la salud humana, la flora y la fauna, pero cuyo origen es difícil de determinar, debido a las características de esta sustancia⁶⁶⁷. Otro ejemplo claro es el del cambio climático. Como Voigt explica, aunque no hay duda sobre la causalidad general del fenómeno (relación entre la emisión de gases antropogénicos y el cambio climático), es mucho más complejo determinar las causalidad específicas (es decir, la relación entre una actividad concreta y una manifestación del sobrecalentamiento del planeta). Ello se debe a la complejidad y el carácter compuesto de los efectos producidos por diversos contaminantes, que hacen imposible atribuir daños específicos a las emisiones de un país concreto, por lo que las reglas tradicionales de causalidad son inservibles⁶⁶⁸. Hanqin comparte esta opinión y explica que, desde la toma de consciencia de esta dificultad, en el *common law* se ha extendido para ciertos litigios una doctrina denominada de “causalidad aproximada”⁶⁶⁹. El Tribunal del caso *Fundición de Trail* adoptó esta teoría, haciendo suya la perspectiva del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que contiene detalles interesantes:

“Cuando el agravio en sí mismo es de una naturaleza que impide averiguar la cantidad de daños con certeza, sería una *perversión de los principios fundamentales de justicia* negar toda confianza en la persona dañada y así librar al malhechor de enmendar sus actos. En tal caso, [] será suficiente si la evidencia muestra la extensión de los daños como una inferencia justa y razonable”⁶⁷⁰

El TIJ sí desempeñó en este caso una exhaustiva labor de análisis, recopilando datos aportados por las partes así como de expertos independientes. Ante la evidencia de que las pruebas y testimonios aportadas por las partes estaban influidas de alguna manera por sus respectivos puntos de vista, el

⁶⁶⁶ *Íd.*, párraf. 5.

⁶⁶⁷ LOIBL, Gerhard: “Environmental Law and Non-Compliance Procedures”, En: FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan, *Issues of International Responsibility before International Judicial Institutions*, EEUU: Hart Publishing, 2004. p. 203.

⁶⁶⁸ VOIGT, C. “State Responsibility...” op. cit. p. 15.

⁶⁶⁹ HANQIN, X. op. Cit. p. 178.

⁶⁷⁰ Párrafo citado, perteneciente al caso *Story Parchment Company v. Paterson Parchment Paper Company*, 282 US 555 (1931), citado en HANQIN, X, op. Cit. p. 178. [Las cursivas son añadidas]

Tribunal decidió llevar a cabo su propia investigación. La magnitud de la tarea desempeñada se debe a que en este caso particular, el Tribunal no sólo tenía que determinar el daño del caso concreto, sino también establecer un régimen permanente para prevenir daños posteriores⁶⁷¹. El uso, por otra parte, de un estándar de prueba menor se relaciona con una nueva tendencia en el derecho internacional conectada con el principio de precaución, presente en la sentencia del Tribunal del Derecho del Mar en el caso del atún de aleta azul, mencionado en el capítulo anterior. No obstante, esta aproximación no está aún consolidada, como lo demuestra una parte importante de la jurisprudencia⁶⁷². Un ejemplo es el caso *Gabcikovo-Nagymaros*. El Tribunal debía valorar la razón esgrimida por Hungría para poner fin al proyecto conjunto con Eslovaquia de construir una presa en el río Danubio: que dicho proyecto causaba daño ambiental al curso de agua⁶⁷³. En este caso, como advierte la profesora Manero, el Tribunal siguió las reglas clásicas de la carga de la prueba y concluyó decidiendo que no había evidencia suficiente para probar la existencia de un grave peligro que justificase el “estado de necesidad” y, por tanto, el cese del proyecto⁶⁷⁴. Tras analizar ambos asuntos, Hanqin concluye con una opinión contraria a la mostrada por el TIJ en el caso *Papeleras de Uruguay*: “(p)ara la mayoría de ejemplos de daños causados por actividad industrial y técnica, existe el mismo dilema: de manera ideal, el daño debe cesar, pero al factor causal puede no ser eliminado si se permite que la actividad continúe. El cese completo del daño requeriría bien poner un fin a la actividad o crear un nuevo estándar de conducta”⁶⁷⁵.

2.2.3. Deber de consulta y negociación (o balance de intereses).

El análisis del caso *Papeleras de Uruguay* ya contiene referencias a esta obligación de derecho internacional: en el ejercicio de su soberanía y cuando se afecte con ello los derechos de otros, los Estados deben, en principio de buena fe, prestar atención a los intereses y derechos de otros Estados. Ello implica que, caso de disputa o conflicto de intereses, las partes deben negociar para intentar alcanzar una solución equitativa⁶⁷⁶. Esta obligación está recogida con carácter general en numerosos instrumentos y tratados internacionales⁶⁷⁷, enmarcada en el principio de cooperación y

⁶⁷¹ HANQIN, X. op. cit. pp. 180-1.

⁶⁷² VOIGT, C. “State Responsibility...” op. cit. p. 16.

⁶⁷³ Hungría apeló a un “estado de necesidad” para suspender su participación en el proyecto. *ICJ Reports (1997)* p. 7 párraf. 41.

⁶⁷⁴ HANQIN, X. op. cit. p. 182. El Tribunal “concluye de lo anterior que, respecto a ambos Nagymaros y Gabcikovo, los peligros invocados por Hungría sin perjuicio de su posible gravedad, no estaba suficientemente establecidos en 1989 [fecha del cese de la actividad] ni tampoco eran “inminentes””. *ICJ Reports (1997)* p. 7 párraf. 57.

⁶⁷⁵ HANQIN, X. op. Cit. p. 182. Sobre los estándares de conducta o “eco-estándares” se hablará en el próximo capítulo.

⁶⁷⁶ BARBOZA, J. op. cit. p. 18; HANQIN, X. op. cit. pp. 173-4.

⁶⁷⁷ Carta de las Naciones Unidas, art. 33 dentro del Cap. VI: 'Arreglo pacífico de controversias'; CONVEMAR, arts. 279-280; Convención sobre contaminación aérea a larga distancia, art. 5; Convenio para la protección de la Capa de

de arreglo pacífico de diferencias, de manera que ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria. La jurisprudencia también arroja algunos ejemplos, como el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte, que enfrentó a Alemania y a los Países Bajos por la delimitación de la plataforma. El TIJ determinó que no había reglas definitivas y que la única establecida era que las partes debían entablar un proceso de negociación significativo con el objetivo de alcanzar un acuerdo equitativo al respecto⁶⁷⁸. En el ámbito de la contaminación transfronteriza tiene un carácter más específico. Según Barboza, cuando un Estado inicia una actividad que implica un riesgo de daño transfronterizo, éste y el Estado receptor del posible daño deben iniciar consultas y negociaciones con el fin de acordar las medidas para prevenir o minimizar el riesgo y cooperar en su implementación⁶⁷⁹. Para Voigt, sería injusto que un Estado permitiese actividades potencialmente contaminantes sin consultar a otros afectados y tomar las medidas oportunas para protegerse. La autora, que analiza en concreto el contexto del cambio climático, afirma que estos deberes requieren a los grandes Estados emisores de gases de efecto invernadero consultar con aquellos que tienen más probabilidades de ser afectados por el cambio climático y que, conforme a la norma consuetudinaria existente, se deben alcanzar soluciones equitativas⁶⁸⁰. La CDI, en su borrador de artículos de 2001 sobre prevención recoge esta obligación en su artículo 9:

“Art. 9: Consultas sobre medidas preventivas.

- 1.Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables acerca de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.[...]”
- 2.Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10”.

Lo referido en el punto 2 del artículo de la CDI es la noción de “equilibrio o balance de intereses”, que luego se desarrolla en el artículo 10, “Factores de un equilibrio equitativo de intereses”. Sobre

Ozono, art. 11; Convenio de Basilea de 1989, art. 20.; Convención de Espoo sobre EIA, art. 15.

⁶⁷⁸ *North Sea Continental Shelf, Judgement ICJ Reports, 1969*, p. 3, en párraf. 85. Citado en LEFEBER, R. op. cit. p. 40. donde también menciona el caso *Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland)*. *ICJ Reports 1974*.

⁶⁷⁹ BARBOZA, J. op. cit. p. 18. Este deber se puede encontrar en diferentes tratados internacionales de carácter medioambiental, por ejemplo, Convenio de París de 1974 sobre prevención de contaminación marina de origen terrestre, art. 21.1; Acuerdo ASEAN sobre la Conservación de la Naturaleza de 1985 (art 20.3.c); Convenio Espoo sobre EIA, art. 5; Convención sobre Diversidad Biológica, art. 16.1.c; CONVEMAR, art. 142.2; Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, arts. 3.2 y 4.2; Convención de la UNECE sobre los usos de los cursos de aguas internacionales y lagos (art. 5); Convenio OSPAR para la protección del medio ambiente marino del Atlántico nordeste, art. 21.1; Convenio sobre Seguridad Nuclear, 1994 (art. 17.iv);

⁶⁸⁰ VOIGT, C. “State Responsibility...” op. cit. p. 14.

este concepto hay divergencias en la doctrina aunque, de entrada, resulta muy pertinente en el contexto de efectos ambientales transfronterizos, pues pretende conjugar los beneficios de un Estado parte (el que desempeña la actividad) con las desventajas del otro que recibe el peligro de daño. La teoría del balance de intereses dicta que, en caso de actividades útiles para un Estado pero que implican riesgo de contaminación transfronteriza, se debe buscar una solución equitativa, en equilibrio entre los beneficios socio-económicos que produce y sus efectos negativos⁶⁸¹. Según Barboza, esta doctrina parte de admitir que, cuando un Estado inicia bajo su jurisdicción una actividad peligrosa que entraña de efectos desconocidos o inciertos, el riesgo que la situación crea altera la balanza de intereses entre el Estado de origen y los receptores del riesgo. Esto se debe a que la actividad potencialmente peligrosa beneficia al Estado ejecutor, al tiempo que supone desventajas para los Estados receptores del riesgo, que se ven obligados a tomar medidas preventivas o planes de contingencia y se enfrentan a posibles daños. Por este motivo, el Estado de origen debe entablar consultas y negociaciones antes del inicio de cualquier disputa en torno a la actividad, actuando de buena fe y tomando en consideración los intereses y derechos de los otros Estados⁶⁸². De manera similar, Koskenniemi ha considerado la cuestión como un conflicto de “libertades” (la libertad de cada Estado implicado en el asunto) que se resuelve acudiendo al concepto de “equidad”⁶⁸³.

El test de balance de intereses puede dar a lugar diferentes resultados. En general, la doctrina coincide, como se ha insistido aquí, que en ningún caso el país receptor del peligro puede imponer su derecho hasta el punto de vetar la actividad del otro Estado⁶⁸⁴. En el mencionado asunto de *Lago Lanós*, el tribunal instó a las partes a iniciar un proceso de consultas para lograr un acuerdo sobre el proyecto hidráulico de Francia⁶⁸⁵. A continuación precisó que, cuando las actividades de un Estado afectan a los intereses de otro (no a sus derechos en sí, sino a sus intereses), dicho Estado “tiene derecho a dar preferencia a la solución contenida en su propio esquema, siempre que tenga en cuenta de manera razonable los intereses del Estado río abajo” [hace referencia a España]⁶⁸⁶. Por lo tanto, según lo que arrojan la práctica internacional y la doctrina, no parece realista afirmar que el

⁶⁸¹ LEFEBER, R. op. cit. . 27.

⁶⁸² BARBOZA, J. op. cit. p. 18.

⁶⁸³ KOSKENNIEMI, Martti, “The politics of international law”, *Eur. J. Int'l L.*, 1990, nº 1, p. 18.

⁶⁸⁴ Aunque autores como Lefeber apuntan que, en caso de que el daño transfronterizo supere el umbral legal permitido, la actividad está sujeta al consentimiento de los Estados afectados, que pueden exigir condiciones como la compensación económica. LEFEBER, R. op. cit. p. 26.

⁶⁸⁵ 24 ILR (1957), p. 101 en p. 133. Citado por HANQIN, X. op. cit. p. 173.

⁶⁸⁶ 24 ILR (1957), p. 101 en p. 140. Citado en Robert P. “The due diligence principle...”, op. cit. p. 107. En la diferencia entre “derechos” e “intereses” reside la controversia sobre este aspecto del derecho internacional. ¿Cuándo se valora un interés con la fuerza suficiente para ser considerado derecho? ¿El interés de proteger un territorio propio de contaminación severa no tiene el carácter de derecho, de libertad?

deber de consulta y negociación lleve implícita la obligación de alcanzar un acuerdo. Si ambas partes se resisten a profundizar en las negociaciones o si no desean acordar un mecanismo de asentamiento de disputa como el arbitraje internacional u otro, no se les puede obligar. Lefebber menciona algunos ejemplos que manifiestan esta afirmación, como el mencionado caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en cuya sentencia el TIJ afirma que “una obligación de negociar no implica una obligación de alcanzar un acuerdo”, y otros similares⁶⁸⁷. De este modo, apunta el autor, sin perjuicio de sus obligaciones de debida diligencia (informar, negociar etc.) el Estado que planifique una actividad tiene la decisión final sobre la misma, aunque con la condición de tener en cuenta, de buena fe, los intereses de los Estados afectados⁶⁸⁸. Esta consideración puede dar lugar a una de las salidas más comunes derivadas de la negociación: que la actividad se lleve a cabo, tenga un carácter lícito (pues el Estado ha actuado con debida diligencia, ha informado, consultado y tomado las medidas preventivas acordadas) y, en caso de que se produzca daño transfronterizo irremediable o se prevea esta eventualidad, medie una compensación a los Estados afectados⁶⁸⁹. El *test de balance de intereses* se encuentra, por tanto, en la esencia del régimen de compensación (*liability*), como afirma Barboza⁶⁹⁰. Dado que la debida diligencia es un deber de conducta más que de resultado, si un Estado cumple con sus obligaciones de evaluar el impacto ambiental, informar y consultar, pero aún así la actividad produce daños transfronterizos relevantes, ¿ha de dejarse que la carga y los costes de dicha contaminación recaigan exclusivamente sobre el Estado receptor de tales daños? No lo parece, al menos a la luz del trabajo de la CDI sobre la responsabilidad por efectos dañinos de actividades no prohibidas por el derecho internacional⁶⁹¹. Bajo los esfuerzos de este organismo subyace, explican Birnie y Boyle, la búsqueda de un concepto más exigente que la debida diligencia que pudiera invertir la carga de los costes de la actividad sobre el Estado “contaminante” (y no sobre el Estado que recibe la contaminación)⁶⁹². “La asunción subyacente aquí – puntualizan – es que no es equitativo dejar la carga del daño inevitable en el lugar al que se arroja simplemente porque el Estado productor (causante) ha actuado con debida diligencia”⁶⁹³. Esta *noción de equidad* aplicada al sistema de responsabilidad entre Estados ha sido también usada por algunos autores para defender un régimen de responsabilidad objetiva o estricta

⁶⁸⁷ *ICJ Reports*, 1969, p. 3, en párraf. 87. Citado en LEFEBBER, R. op. cit. p. 40.

⁶⁸⁸ LEFEBBER, R. op. cit. p. 41.

⁶⁸⁹ Lefebber, no obstante, presenta la controversia sobre la necesidad o no de consentimiento previo en caso de que la actividad implique contaminación transfronteriza grave. LEFEBBER, R. op. cit. p. 28.

⁶⁹⁰ BARBOZA, J. op. cit. p. 18.

⁶⁹¹ El último de ellos, adoptado en su 58ª sesión en 2006: “Borrador de artículos sobre la distribución de costes en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”. UN Doc. A/CN.4/L. 686.

⁶⁹² BIRNIE, P.; BOYLE, A., op. cit. p. 188.

⁶⁹³ *Ibid.* p. 189. Para un razonamiento similar, ver LEFEBBER, René, op. cit. pp 1-2.

⁶⁹⁴ BIRNIE, P.; BOYLE, A., op. cit. pp. 184 y ss. El análisis sobre los tipos de responsabilidad (objetiva, subjetiva,

. Uno de sus defensores, Goldie, trata la creación de riesgo como una forma de expropiación del uso del Estado adyacente sobre su territorio e invoca la noción de logro injusto para justificar la responsabilidad basada en el resultado de la acción o en la conducta⁶⁹⁵.

La jurisprudencia constata la consolidación de esta obligación en el ámbito internacional⁶⁹⁶. Además del mencionado caso de las *Papeleras de Uruguay*, en la controversia también citada del caso *Gabcikovo-Nagymaros* entre Hungría y Eslovaquia, el Tribunal no aceptó ni el acto unilateral de terminación del tratado por parte de Hungría ni tampoco el derecho de Eslovaquia de llevar a cabo una *solución provisional* derogando las obligaciones del tratado. En su lugar, urgió a las partes a negociar de buena fe y tomar las medidas necesarias para el cumplimiento del tratado, reafirmando el principio *pacta sunt servanda*⁶⁹⁷. Otro ejemplo es el caso *Lago Lanós*, ya citado varias veces. Asimismo el asunto *Fundición Trail* ha sido mencionado como precedente del test de balance de intereses, pues el Tribunal, tras analizar los intereses de los habitantes de Washington y los de la empresa canadiense, determinó permitir a la actividad continuar, bajo condición de que ésta instalara un régimen de prevención extra riguroso y un pago compensatorio por los daños causados.

2.3. La flexibilidad de la debida diligencia y los estándares internacionales

Después de mencionar las obligaciones concretas que derivan del deber de debida diligencia queda una cuestión por tratar. Se ha demostrado que el derecho internacional impone a los Estados la obligación de prevenir la contaminación transfronteriza desde su jurisdicción y que ésta es una obligación de comportamiento, no de resultado. Su cumplimiento se determina por los esfuerzos que el Estado realiza al adoptar una serie de medidas encaminadas al fin preventivo. Ahora bien, al

relativa o absoluta) y las diferencias terminológicas entre lo que en inglés se denomina *responsibility* y *liability* es un tema demasiado amplio y sobrepasa el objetivo de este trabajo. Cabe mencionar que cuando Barboza se refiere a responsabilidad de compensación (*liability*) se refiere al régimen que regula la compensación por daño ambiental cuando no se ha quebrado ninguna obligación internacional, es decir, cuando no hay comisión de hecho ilícito. Ver BARBOZA, J. op. cit. p. 3. Para un análisis sobre los diferentes regímenes de responsabilidad, ver por ejemplo, PISILLO-MAZZESCHI, R. "Forms of international responsibility..." op. cit. pp. 16-7, donde el autor distingue tres regímenes de responsabilidad por hecho ilícito y uno sin ilícito y considera que la responsabilidad por culpa debe ser considerada mejor como responsabilidad por quiebra de obligaciones de debida diligencia; PISILLO-MAZZESCHI, R., "The Due Diligence and the Rule and Nature..." op. cit. pp. 97 y ss.; o también BARNIDGE JR, Robert P. "The due diligence principle...", op. cit. pp. 81-121; BROWNLIE, I. *Principles of public...* op. cit. pp. 433-41.

⁶⁹⁵ BIRNIE, P.; BOYLE, A., op. cit. p. 184. El texto que los autores toman de referencia es GOLDIE, L.F.E. "Liability for damage and the progressive development of international law". En *ICLQ*, 1995, vol. 14, pp. 1189-1965.

⁶⁹⁶ HANQIN, X. op. cit. p. 174.

⁶⁹⁷ *Ibid.* p. 175. Esta declaración aparece en *ICJ Reports*, 1997, p. 7, párraf 155, punto 2.B.

medir el cumplimiento en base a los “esfuerzos”⁶⁹⁸ o la “conducta” nos situamos en una escala gradual donde es difícil establecer parámetros absolutos de referencia. ¿En qué punto se puede decir que un Estado ha actuado con diligencia debida? ¿Hay un mismo grado de exigencia para todos los Estados o se tienen en cuenta factores como sus capacidades o las circunstancias del caso? Birnie y Boyle afirman que la debida diligencia puede ser comparada con la responsabilidad común pero diferenciada, en tanto que permite diferentes estándares de conducta para diferentes Estados⁶⁹⁹. Ello tiene un lado positivo, afirman, ya que dota a la obligación preventiva de un carácter flexible y no hace al Estado el garante absoluto de la prevención del daño. No obstante, los mismos autores reconocen una desventaja compartida desde estas líneas: el carácter general de la norma (que ha sido incluso calificada como “concepto marco”⁷⁰⁰) y que, en el caso del medio ambiente, ofrece poca guía sobre la legislación o controles que son requeridos en cada situación dada⁷⁰¹. En efecto, en base a la doctrina consultada se puede coincidir con Pisillo Mazzeschi en que la debida diligencia tiene una naturaleza elástica y relativa, es decir, que no hay un estándar de conducta exacto y universal para todos los Estados sino que el grado de diligencia exigido en cada caso depende de una serie de factores⁷⁰². La clasificación de factores determinantes varía según la doctrina, pero en general, se tienen en cuenta:

- i. las circunstancias del caso,
- ii. los recursos del Estado
- iii. la naturaleza de las actividades bajo control⁷⁰³.

i. Respecto al primero, Pisillo Mazzeschi recoge que la práctica estatal revela como factores generales el grado de control efectivo del Estado sobre el territorio, la importancia del interés en protección y el grado de predictibilidad del daño. Voigt también recoge este último elemento en el contexto de la prevención del cambio climático y sus daños. La autora vincula la previsibilidad del riesgo con un elemento que ya se explicó en el caso *Estrecho de Corfu*, éste es, el conocimiento del Estado

⁶⁹⁸ Voigt define claramente esta perspectiva: “La debida diligencia es una obligación de hacer todo el esfuerzo para minimizar el riesgo de daño. Requiere a un Estado hacer lo mejor que puede para reducir los riesgos que producen cambio climático”. VOIGT, C. “State Responsibility for Climate Change...” op. cit. p. 11 [Traducción propia]. También alude a los “esfuerzos” la CDI en sus *Artículos sobre prevención de 2001*, p. 154, com. al art. 3, párraf. 10.

⁶⁹⁹ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 112.

⁷⁰⁰ Para la autora, la debida diligencia es un “concepto marco al que se le debe dar significado legal para actividades y riesgos específicos”. VOIGT, C. “State Responsibility for Climate Change...” op. cit. p. 10. [Traducción propia].

⁷⁰¹ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 112-3.

⁷⁰² PISILLO MAZZESCHI, R. “The Due diligence rule and the nature...” op. cit. p. 132.

⁷⁰³ BIRNIE, P. BOYLE, A. op. cit. p. 112.

sobre la existencia riesgos potenciales de contaminación transfronteriza desde su jurisdicción. En el caso de prevención ambiental, se determina responsabilidad si el Estado “supo o debería haber sabido o haber previsto que su conducta [la falta de regulación sobre la actividad] era o podría ser parte de una causa combinada que diera lugar a daño inadmisibles”⁷⁰⁴. La expresión “debería haber sabido o haber previsto” denota una perspectiva de precaución, colocando la carga de la prueba sobre el Estado para justificar su inacción antes que sobre una fuerte relación causal demostrable⁷⁰⁵.

ii. En relación a los recursos del Estado, la CDI contempla esta cuestión, que podría ser la más cercana al principio de responsabilidad común pero diferenciada que mencionan Birnie y Boyle. En su borrador sobre responsabilidad por consecuencias perjudiciales de hechos no ilícitos de 1996, la Comisión ya recogía la tensión entre la idiosincrasia de un Estado, sus recursos y sus leyes internas, por un lado, y las obligaciones dimanadas del derecho internacional, por otro. El comentario al art. 4 ('Prevención') se hace eco del Principio 11 de la Declaración de Río de Janeiro (homólogo al Principio 23 de Estocolmo, también recogido) sobre las obligaciones de los Estados de promulgar leyes nacionales para recoger el espíritu de la Declaración. Este principio tiene en cuenta que las normas que pueden ser apropiadas para unos países pueden “resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular aquellos en desarrollo”⁷⁰⁶. No obstante, el reconocimiento de la diferencia se matiza con el obligado cumplimiento del derecho internacional: los Estados no pueden apelar a su nivel de desarrollo económico para librarse de sus obligaciones bajo el artículo en cuestión⁷⁰⁷. El borrador sobre Prevención de 2001 mantiene esta redacción, añadiendo que el grado de diligencia que se exige a un Estado con una economía bien desarrollada y recursos materiales y humanos es diferente al exigido a los Estados que no están tan bien situados. Sin embargo, en este último caso, hay un mínimo de diligencia esperado, que atañe a las labores de vigilancia y control sobre actividades peligrosas en su territorio inherente a un Gobierno⁷⁰⁸.

iii. Por último, acerca de la naturaleza de la actividad, Pisillo Mazzeschi explica

⁷⁰⁴ VOIGT. C. “State Responsibility for Climate Change...” op. cit. p. 11. Cita el informe de la 64ª Conferencia de la A.D.I., 1990. [Traducción propia].

⁷⁰⁵ VOIGT. C. “State Responsibility for Climate Change...” op. cit. p. 12.

⁷⁰⁶ *Borrador sobre Responsabilidad de 1996*, p. 111, comentario al art. 4, párraf. 11.

⁷⁰⁷ *Íd.*, comentario al art. 4, párraf. 12.

⁷⁰⁸ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 155, comentario al art. 3, párraf. 17.

que cada área de protección ambiental tiene un estándar de comportamiento exigido de modo que, si en algunas áreas es suficiente con responder a un comportamiento propio del Estado “civilizado” o “bien organizado”, en otras de más riesgo, como las actividades ultra peligrosas, la diligencia exigida es mucho mayor⁷⁰⁹. Sobre el riesgo como medida del estándar de diligencia se hablará más adelante, en relación con la proporcionalidad.

Respuestas ante la flexibilidad de la debida diligencia

Admitir que la debida diligencia tiene un carácter flexible y un tanto general no es óbice para sostener que hay una cierta tendencia a comenzar a reconocer ciertas obligaciones internacionales comunes a todos los Estados. Lo contrario sería asumir que no importa el empeño realizado a nivel internacional para preservar el medio ambiente ni los derechos de los Estados afectados por las actividades de otros, pues la decisión final sobre los niveles exigibles de protección recae sobre cada Estado en el ejercicio de su soberanía. Éste es un extremo que no se puede sostener hoy día, como lo demuestra la evolución del derecho internacional del medio ambiente desarrollada en el capítulo 1 de esta parte. Los Estados están sujetos a determinadas obligaciones internacionales no sólo procedimentales (como la debida diligencia) sino substantivas (que dan contenido al deber procedimental). Partiendo de este punto, la tarea consiste en identificar los argumentos que sostienen la emergente existencia de ese 'mínimo común denominador' internacional en la debida diligencia y su contenido. Aquí se presentan algunas propuestas recogidas por la doctrina y la CDI:

2.3.1. Irrelevancia del derecho interno y el principio *pacta sunt servanda*

La primera y más básica razón a favor de un mínimo internacional de debida diligencia reside en el principio básico de derecho internacional según el cual un Estado no puede alegar su propio derecho o circunstancias internas para justificar el incumplimiento de una obligación internacional. Esta norma básica, que descansa junto al principio de buena fe y *de pacta sunt servanda* como corpus esencial del derecho de los tratados, se hizo explícita en la *Convención de Viena de 1969*⁷¹⁰, en cuyo artículo 27 establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En este artículo se basa la CDI para elaborar el artículo 32 de su borrador sobre la *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, titulado “Irrelevancia del derecho interno”, de casi idéntica redacción al

⁷⁰⁹ PISILLO MAZZESCHI, R. “The Due diligence rule and the nature..” op. cit. pp. 132-3.

⁷¹⁰ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969.

del tratado de Viena⁷¹¹. Del mismo modo, la caracterización de un hecho como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, con independencia de lo que establezca el ordenamiento jurídico del Estado, en el que el Gobierno no puede refugiarse para evitar la responsabilidad en caso de quebrar una norma internacional⁷¹². En definitiva, las circunstancias o legislación propia de un Estado no es excusa para violar un compromiso adquirido bajo un tratado internacional o proveniente de una norma consuetudinaria. En el contexto de la debida diligencia, esto es lo que la CDI expresa en su comentario al artículo 4 (prevención) sobre las consecuencias perjudiciales de hechos no ilícitos, mencionado antes. Es decir, todos los Estados tienen el deber de debida diligencia sin importar sus circunstancias o capacidades, aunque éstas constituyen un factor para determinar en qué medida el comportamiento del Estado satisface o no dicho deber.

2.3.2. Caso Alabama⁷¹³ y el rechazo de la *diligentia quam in suis*

La importancia de este caso radica en su carácter temprano (sucedió en el contexto de la Guerra Civil norteamericana, entre 1862 y 1872) y en ser un notable precedente para la solución pacífica de controversias por medio de un proceso arbitral internacional. El asunto consistió en una demanda de Estados Unidos contra Gran Bretaña por vulnerar los principios de neutralidad en tiempos de guerra, al vender a los Estados Confederados América (los secesionistas del Sur) barcos de guerra (el más notable, el “Alabama”) que fueron usados para destruir gran parte de la marina de la Unión. Las alegaciones presentadas por ambas partes reflejan dos concepciones de la debida diligencia. La visión de Gran Bretaña entendía la debida diligencia como “aquel cuidado que los Gobiernos emplean ordinariamente en sus asuntos internos”⁷¹⁴, lo que correspondería con la fórmula *diligentia quam in suis*, según Pisillo Mazzeschi⁷¹⁵ EEUU, por el contrario, presentó un concepto más amplio, atendiendo a los estándares internacionales y a la relevancia de la materia en cuestión. El Tribunal se resolvió a favor de la postura de EEUU y mostró preocupación por la concepción estrecha, sujeta a parámetros nacionales, presentada por Gran Bretaña. Consideró que este país había descuidado sus obligaciones internacionales, que incluía “enmendar sus leyes cuando eran insuficientes” para

⁷¹¹ “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”. Ver CRAWFORD, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility* op. cit. p. 207.

⁷¹² Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 3 y ver comentario al artículo en CRAWFORD, James, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility* op. cit. p. 86. También ver YOUNG, S. op. cit. p. 116.

⁷¹³ Alabama Claims Arbitration 1872, en BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, 1898. Consultado en <http://www.trans-lex.org/262137> [último acceso, 13 de abril de 2012].

⁷¹⁴ Fragmento de la sentencia citado en *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 154, comentario al art. 3, párraf. 9.

⁷¹⁵ PISILLO-MAZZESCHI, R. “The due diligence rule and the nature of”... op. cit. pp. 129-30.

cumplir un deber internacional concreto⁷¹⁶.

2.3.3. Proporcionalidad de las medidas.

Una referencia aludida en diversas fuentes para establecer un estándar de debida diligencia es la proporcionalidad con respecto al riesgo de daño. Así, el estándar de diligencia debida sería aquel “generalmente considerado como apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en un caso particular”⁷¹⁷. Lo que se toma como medida es la naturaleza de la actividad o el área de protección, como se mencionó arriba. La CDI menciona como factores que se deben considerar para determinar el requisito de diligencia debida en cada caso: el tamaño de la operación, su ubicación en el territorio del Estado, los materiales usados y si las aplicaciones que se extraigan de la aplicación de tales factores son razonables. De este modo, por ejemplo, las actividades consideradas ultra peligrosas requieren un estándar de cuidado mucho mayor en el diseño de políticas y un empeño mayor por parte del Estado para implementarlas que de tratarse de otro tipo de actividades⁷¹⁸.

2.3.4. La existencia de estándares internacionales o “eco-estándares”.

2.3.4.1. Introducción y perspectiva histórica

En respuesta al carácter flexible y general de la debida diligencia, parece haber una tendencia en la doctrina a reconocer la existencia de ciertos estándares internacionales, también llamados “eco-estándares”, que concretan las obligaciones de los Estados y dan contenido a la norma general de protección ambiental⁷¹⁹. En fechas tan tempranas como 1972 ya había voces en favor de esta teoría. En la misma época en que aparecía la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, Paolo Contini y Peter H. Sand afirmaban que instrumentos programáticos como éste y algunas convenciones internacionales ya existentes podrían servir como herramientas para formular principios básicos de conducta⁷²⁰. Esta era, según los autores, una demanda surgida en paralelo al desarrollo del nuevo ámbito de regulación internacional por entonces en ciernes y que exigía nuevas formas de creación normativa diferentes al tradicional proceso de creación de tratados. Handl

⁷¹⁶ Fragmento de la sentencia citado en *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 154, comentario al art. 3, párraf. 9. También ver YOUNG, S. op. cit. p. 176.

⁷¹⁷ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 154, comentario al art. 3, párrafo 11. También BARBOZA, J. op. cit. p. 15.

⁷¹⁸ *Artículos sobre Prevención de 2001*, p. 154, comentario al art. 3, párrafo 11.

⁷¹⁹ BOYLE, A. “State Responsibility for breach of obligations...” op. cit. p. 70; BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

⁷²⁰ CONTINI, Paolo; SAND, Peter H. “Methods to expedite environment protection: international ecoestándards”, *AJIL*, 1972 vol. 66, p. 38.

también presenta esta postura, como una respuesta a la interdependencia global del medio ambiente y una fórmula para sentar las bases de la obligación estatal de no realizar actividades que dañen el medio ambiente de otros Estados⁷²¹. A lo largo de su artículo, Contini y Sand se esfuerzan en demostrar, mediante una batería de tratados y organismo internacionales, que en su época ya existe ese modelo alternativo para la producción de estándares. De hecho, en su conclusión aseveran que la mayoría de los Estados ya participan en el proceso de elaboración de estándares para una variedad de cuestiones y que muchas de ellas pertenecen al ámbito de la gestión ambiental. “Los eco-estándares internacionales – sostienen – son, por tanto, una realidad *de lege data*: ya los hemos estado poniendo en práctica”⁷²². También por estas fechas, la OCDE publicó sus “Principios acerca de la contaminación transfronteriza”⁷²³, destinados a “facilitar el desarrollo de políticas ambientales armonizadas con el objetivo de solucionar la contaminación transfronteriza”⁷²⁴. La relevancia de este trabajo, además de en su carácter temprano (apenas dos años después de la promulgación del Principio 21 en Estocolmo), reside en la confianza que pone en un futuro desarrollo del derecho internacional en el ámbito de la contaminación transfronteriza y en el respeto por parte de los Estados a los principios establecidos por la Recomendación y su Anexo⁷²⁵. Más aún, el proceso de desarrollo de los principios comenzó con la creación de un Grupo de Contaminación Transfronteriza destinado a trabajar en la implementación de las normas⁷²⁶. Entre los principios recogidos en la Recomendación de la OCDE se encuentra, por ejemplo, el de información y consulta cuando una de las actividades proyectadas en un Estado puede tener efectos en el medio ambiente de otros⁷²⁷. Aunque estos principios no tuvieron ni tienen carácter vinculante, suponen un indicio de la consciencia de los Estados en buscar soluciones armonizadas y estándares para afrontar problemas y diferencias surgidas de la contaminación transfronteriza.

En su trabajo, Contini y Sand aportan una definición de este concepto (“estándar internacional”)

⁷²¹ HANDL, G. “Territorial sovereignty and the problem...” op. cit. pp. 53-4. No obstante, el autor también admite la dificultad de este proceso, al que se enfrenta la diversidad de contexto económico, social y medioambiental de la comunidad internacional de Estados. En este sentido, Handl cita a RUSSEL, LANDSBERG, “International Environmental Problems – A taxonomy”. En HANDL, G “Territorial sovereignty...” op. cit. p. 54 nota al pie 25.

⁷²² CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods to expedite...” op. cit. p. 55.

⁷²³ OECD, *Guiding Principles Concerning Transfrontier Pollution*, Incluidos en la Recomendación para del Consejo de la OCDE, adoptada durante la cumbre n° 372 del Consejo de la OCDE, el 14 de noviembre de 1974. [En adelante *OECD Principles on Transfrontier Pollution*”]

⁷²⁴ *Id.*, Título A.

⁷²⁵ *Id.*, preámbulo párraf. I.

⁷²⁶ STEIN, Robert E. “The OECD Guidelines Principles on Transfrontier Pollution”. *Ga J. Int’l. Comp. L.* 1976 vol. 6, p. 249.

⁷²⁷ *OECD Principles on Transfrontier Pollution*, Título E. “Principio de Información y Consulta”. Este principio surgía de la Declaración de Estocolmo pero no había sido aprobado por la Conferencia en sí misma por el enfrentamiento en aquella época entre Brasil y Argentina sobre el río Panamá Ver STEIN, R. “The OECD Guidelines...” op.cit. p. 251.

que resulta práctica a efectos de lo que se expone en estas líneas. Explican que, en un sentido técnico, el término se entiende mediante la referencia a determinados estándares nacionales (tales como estándares de calidad del aire, de emisión de ruido, sobre toxicidad y degradación ambiental), que son proyectados a escala internacional porque se perciben como “posibles lecciones para la regulación internacional de la calidad ambiental”⁷²⁸. No obstante, advierten que los estándares internacionales han formado parte de diversos tratados internacionales desde el siglo XIX en áreas tan diversas como las telecomunicaciones y la protección del medio marino y la vida salvaje. Estos estándares (a veces infravalorados en su carácter vinculante bajo títulos como “recomendaciones”) han emergido como un tipo de normas nuevo, objeto del trabajo de muchas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, aunque hayan sido ignorados durante un largo periodo por el sector jurídico debido a su fuerte naturaleza técnica y especializada⁷²⁹. Philippe Sands defiende el papel de las organizaciones internacionales como actores de la “gobernanza medioambiental global” y afirma que casi todas las OO.II. tienen, en la actualidad, competencia en el desarrollo, aplicación o implementación de obligaciones medioambientales internacionales, incluyendo el establecimiento de estándares ('standard-setting')⁷³⁰. Respecto a los tratados internacionales, existen numerosos ejemplos firmados antes de la *Declaración de Estocolmo* que ilustran este uso de estándares. Fuera de la rama medioambiental, Contini y Sand citan por ejemplo la *Convención de París sobre la regulación de la navegación aérea* (1919), cuyos anexos contienen “regulaciones técnicas”; la *Convención de Chicago* de 1944 celebrada por la Organización Internacional de Aviación Civil, con sus anexos técnicos dotados de “estándares internacionales”; o el *Tratado Constitutivo* de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, que contenía “regulaciones sanitarias internacionales”⁷³¹. Ya en el área de protección del medio ambiente, el primer caso detectado por Contini y Sand es la *Convención Internacional para la regulación de la caza de Ballenas* de 1946, que contiene un anexo con regulaciones sobre los procesos de pesca y límites a la misma. Le siguen otros tratados sobre protección del medio marino, el sector probablemente más desarrollado hasta 1972⁷³².

⁷²⁸ CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods to expedite...” op. cit. p. 40. Las comillas refieren a una cita de los autores a Hines, "Principles of Responsibility in the United States and their Implication for International Organizations," in *Columbia University School of Law, Proceedings, Conf. on Int. And interstate regulation of water pollution*, 59 (1970), p. 32.

⁷²⁹ CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods to expedite...” op. cit. p. 41.

⁷³⁰ SANDS, P. *Principles of...* op. cit. pp. 73, 77.

⁷³¹ Para una relación más completa de tratados, ver el artículo de los autores, CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods...” op. cit. pp. 41-44.

⁷³² Algunos de los ejemplos citados son: el Acuerdo sobre el Uso y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur de 1952 (que contiene varias “recomendaciones”); la Convención sobre pesca del Atlántico Noreste de 1959; el protocolo de 1965 a la Convención sobre la pesca en el Atlántico Noroeste de 1949, la Convención para la Conservación del Atún del Atlántico de 1966 o la Convención para la conservación de los recursos vivos del

2.3.4.2. Situación de la teoría en la actualidad desde la Conferencia de Estocolmo

El periodo que sucede a Estocolmo es una muestra de cómo la protección internacional del medio ambiente acogió el uso de estándares técnicos mediante su incorporación en tratados internacionales de un carácter cada vez más global y un alcance más universal. El indicio de este dato se encuentra en la estructura que adoptan los tratados multilaterales sobre medio ambiente a partir de 1972, tal y como lo explica la profesora Lázaro Calvo⁷³³. El esquema seguido por la mayoría de las convenciones en este ámbito coincide con el modelo de producción normativa adaptada a la creación de eco-estándares, tal y como lo describen Contini y Sand. Según este modelo, los acuerdos bilaterales o multilaterales constan de dos partes. Una de ellas es el tratado marco o tratado básico (puede ser constitutivo de un organismo internacional o una convención sobre un tema concreto), que establece el marco institucional permanente, los principios básicos de la materia objeto de regulación y los procesos de elaboración, adopción, revisión, implementación y supervisión de los estándares. La otra parte, que viene normalmente como anexo o apéndice del tratado marco, es la que contiene los estándares técnicos que proveen reglas y códigos de conducta detallados. Esta parte está normalmente redactada por técnicos o científicos y son revisados periódicamente por un cuerpo internacional designado⁷³⁴. Todo ello forma el marco de regulación jurídica convencional pero tienen procesos de aceptación diferentes. Así, mientras que el tratado marco apenas difiere de las convenciones internacionales tradicionales (requiriendo firma y ratificación para su pleno funcionamiento), los estándares técnicos, una vez adoptados y revisados, no requieren ratificación y se vuelven efectivos casi “de manera automática”, esto es, mediante la notificación de su adopción en conformidad con el procedimiento establecido en el tratado marco⁷³⁵.

En la actualidad una parte de la doctrina apoya la existencia de estos estándares que, como afirma Lefeber, pueden poner solución a los conflictos de leyes en caso de contaminación transfronteriza donde colisionen estándares nacionales divergentes⁷³⁶. En un trabajo destinado a facilitar nociones de conducta para las empresas en la industria minera, William y Nelson afirman que las “agendas, estándares y tratados medioambientales internacionales se están volviendo más y más integrados a

Atlántico sudeste (1969). Respecto a la protección de las aguas del interior, un área menos desarrollada que la anterior en este sentido, el Borrador de la Convención europea sobre la protección del agua dulce contra la contaminación preparado por el Consejo de Europa en 1971 preveía el establecimiento de “estándares mínimos de calidad del agua”. CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods...” op. cit. pp. 44-45.

⁷³³ LAZARO CALVO, T. op. cit. pp. 156-7.

⁷³⁴ *Íd.*, CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods to expedite...” op. cit. p. 41.

⁷³⁵ CONTINI, P.; SAND, P. H. “Methods to expedite...” op. cit. p. 41.

⁷³⁶ LEFEBER, R. op. cit. p. 40.

nivel global”⁷³⁷. Los autores identifican las fuentes de estos estándares o agendas en ciertos tratados bilaterales o multilaterales medioambientales, acuerdos comerciales o leyes nacionales entre otras. Por ejemplo, la *Convención de Basilea sobre el Control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación*⁷³⁸ contiene una serie de provisiones básicas de obligado cumplimiento que no sólo afecta a los Estados parte sino que también pretende proteger a los no firmantes. Así por ejemplo, prohíbe la exportación o importación de desechos peligrosos con un Estado en vías de desarrollo, a no ser que así lo recoja un tratado bilateral o multilateral con éste. En este caso, “(e)stos acuerdos o arreglos estipularán disposiciones que no sean menos ambientalmente racionales que las previstas en el presente Convenio, tomando en cuenta en particular los intereses de los países en desarrollo”⁷³⁹. La importancia de la *Convención de Basilea* reside no sólo en su aceptación casi universal (tiene 179 Estados parte⁷⁴⁰) sino en la fuerza de los principios que recoge. En opinión de Birnie y Boyle, el texto incluye tres principios sobre el comercio de residuos que representan derecho consuetudinario, ya que están apoyados por la práctica estatal, por el derecho soberano de los Estados a controlar las actividades en su propio territorio y por la responsabilidad de los Estados exportadores de desechos de no causar daño transfronterizo. El primero de estos principios es que todo Estado tiene derecho de prohibir importaciones de residuos. En segundo lugar, que el movimiento transfronterizo sólo está permitido en caso de que el Estado exportador no pueda por sí mismo gestionar los residuos de manera ambientalmente adecuada. Por último, que el comercio de residuos siempre debe ir precedido del consentimiento informado de los Estados de tránsito y destino⁷⁴¹. El documento contiene asimismo un estándar ambiental internacional de relevancia. Se trata del concepto de “manejo ambientalmente racional” (art. 4), importante, por un lado, porque al ser impuesto sobre los países importadores de residuos se les reconoce la obligación internacional de proteger su propio medio ambiente, población y generaciones futuras y por lo tanto, convierte esta gestión (en principio de orden interno) en un asunto de importancia internacional legítima⁷⁴². Sobre este aspecto concreto (el medio ambiente nacional como objeto de regulación internacional) se hablará en el próximo capítulo del trabajo, pero corresponde aquí mencionar el contenido o alcance de este estándar de “manejo ambientalmente racional”. La

⁷³⁷ PRINCE, William; NELSON, David: “Developing an Environmental Model: Piecing together the growing diversity of international environmental standards and agendas affecting mining companies”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1996, Vol 7, num 2. p. 316.

⁷³⁸ Firmada en Basilea el 22 de marzo de 1989 y en vigor desde el 5 de mayo de 1992.

⁷³⁹ Ver Art. 4.5 y art. 11. y PRINCE, W.; NELSON, D.: “Developing...” op. cit. p. 252.

⁷⁴⁰ Se puede consultar el estatus de la mayoría de tratados internacionales en <http://treaties.un.org/> [comprobación de la cifra sobre la Convención de Basilea, el 20/4/2012].

⁷⁴¹ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 430.

⁷⁴² *Íd.*

Convención lo define de manera amplia como “la adopción de todas las medidas posibles para garantizar que los desechos peligrosos y otros se manejen de manera que queden protegidos el medio ambiente y la salud humana contra los efectos nocivos que pueden derivarse de tales desechos”. Términos como “el uso de todas las medidas posibles” o “alcanzables” son fórmulas para establecer estándares ambientales muy recurridas por el DIMA, como se verá en las siguientes líneas. Respecto al movimiento de residuos, las partes adoptaron en 1994 un documento con directrices a este respecto⁷⁴³, que recogía criterios de cumplimiento del estándar, como la existencia de mecanismos nacionales para asegurar el cumplimiento normativo en la materia, la adecuada preparación de los operadores implicados en la gestión de los residuos, el control permanente de las localizaciones, la reducción al mínimo de la producción de residuos mediante la mejor práctica y métodos de producción limpios, etc. Por último, la *Convención de Basilea* concreta este estándar general acudiendo a los estándares reconocidos internacionalmente para el transporte de bienes peligrosos, que en algunos aspectos rige el transporte de residuos peligrosos. Ésta es una técnica más o menos extendida y aparece en tratados tan relevantes como el CONVEMAR. Se trata de incluir, mediante implicación, estos estándares internacionales de manera que concreten y completen las disposiciones del tratado. En su artículo 4.7(b), la Convención establece que toda parte:

“Exigirá que los desechos peligrosos y otros desechos que sean objeto de un movimiento transfronterizo se embalen, etiqueten y transporten de conformidad con los reglamentos y normas internacionales generalmente aceptados y reconocidos en materia de embalaje, etiquetado y transporte y teniendo debidamente en cuenta los usos internacionalmente admitidos al respecto”⁷⁴⁴

Algunos de estos estándares tienen ya carácter vinculante por su inclusión en tratados como el Convenio MARPOL, del que se hablará a continuación, pero la Convención de Basilea va más allá, exigiendo su cumplimiento sean o no independientemente vinculantes para las partes⁷⁴⁵.

Los estándares internacionales también han sido definidos como instrumentos para reforzar la implementación de los tratados internacionales de protección del medio ambiente. En sus tesis doctoral, la profesora Susana Borrás clasifica los estándares como uno de los mecanismos de

⁷⁴³ Framework Document on the Preparation of Technical Guidelines for Environmentally Sound Management of Wastes Subject to the Basel Convention, adoptada por la Decisión II/13, Report. Of the 2nd COP, UNEP (CHW.2/30 (1994). Citado por BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 433 nota al pie 196.

⁷⁴⁴ Subrayado añadido aquí.

⁷⁴⁵ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 433-4.

orientación e incentivo del cumplimiento, que “ayudan a determinar y orientar el sentido exacto de las normas jurídicas internacionales”⁷⁴⁶. Así, los estándares son incorporados a los tratados multilaterales “con el fin de lograr cierta armonización en las políticas y leyes de aplicación de las disposiciones convencionales”. Ello supone una excepción al principio de responsabilidad común pero diferenciada, ya que mediante estos estándares “se busca un mínimo común necesario para el logro de los objetivos ambientales” establecidos en el tratado⁷⁴⁷. Entendidos así, los estándares contribuyen asimismo a facilitar “la aplicación de determinadas disposiciones de un tratado que tienen una especial indeterminación o de cierta dificultad técnica o científica”⁷⁴⁸, como ocurre en el caso de las obligaciones derivadas de la debida diligencia en materia de medio ambiente. Según Borrás, estos estándares pueden ser adoptados por la Conferencia de las Partes de los tratados, como ocurre con el caso del ámbito del Protocolo de Montreal al *Convenio sobre la protección de la Capa de Ozono*, que permite que las Reuniones de las Partes adopten decisiones sobre estándares vinculantes aplicables por los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos⁷⁴⁹. También pueden ir incluidos en “recomendaciones” adoptadas por las mismas Conferencias de las Partes, como sucede en el *Convenio Ramsar relativo a las zonas húmedas de importancia internacional particularmente como hábitat de las aves acuáticas*, de 1972. La Reunión de las Partes puede realizar recomendaciones a los Estados parte en relación a la conservación, gestión y uso racional de los humedales y de su fauna y flora, obligación dimanada del artículo 4 del tratado⁷⁵⁰.

2.3.4.3. Estándares en la protección del medio ambiente marino

Como se ha mencionado con anterioridad, el ámbito de protección del medio marino es uno de los que ha avanzado más en la estandarización de normas internacionales. Una de sus piedras angulares es el convenio sobre contaminación por buques de 1973 (MARPOL⁷⁵¹), cuyas “reglas” contenidas en los Anexos I a V constituyen estándares mínimos de conducta muy detallados⁷⁵². Estas reglas especifican los requisitos que deben cumplir los Estados parte para prevenir la contaminación por

⁷⁴⁶ BORRÁS PENTINAT, Susana. *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*. Tesis presentada para aspirar al título de Dra. Por la Universidad Rovira i Virgili, 2007, p. 654. ISBN: 978-84-691-06525. Accesible on line en <http://hdl.handle.net/10803/8765>. [Último acceso, 24/4/2012].

⁷⁴⁷ *Ibíd.* p. 655.

⁷⁴⁸ *Íd.*

⁷⁴⁹ BORRÁS, S. op. cit. p. 655. La autora cita la obra de RÖBEN V. “Institutional developments under modern international environmental agreements”, en Max Planck United Nations Yearbook, n° 4, 2000, pp. 389 y ss. También, vid. *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono*, art. 11.

⁷⁵⁰ BORRÁS, S. op. cit. p. 656. Esta potestad se recoge en el art. 6.2.d).

⁷⁵¹ Convenio sobre prevención de contaminación por buques..BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

⁷⁵² BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

hidrocarburos (Anexo I), por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (Anexo II), por sustancias perjudiciales transportadas en bultos (Anexo III), por las aguas sucias de los buques (Anexo IV), y por basuras provenientes de los buques (V). Junto a éste, *Convenio de Londres*⁷⁵³ recoge en sus anexos una relación exhaustiva de desechos cuyo vertido está totalmente prohibido (Anexo I), sujeto a una autorización especial (Anexo II) o regulado por permisos especiales (Anexo III). Asimismo, la *Convención OSPAR*)⁷⁵⁴ contiene en sus anexos normas sobre la prevención y eliminación de la contaminación por fuentes terrestres (Anexo I) o no terrestres (Anexo III), de la contaminación por vertido o incineración (Anexo II), sobre la evaluación de la calidad del medio marino (Anexo IV), y sobre la protección y conservación de los ecosistemas y biodiversidad del área marina (Anexo V), más detalladas aún por los criterios establecidos en los apéndices. Por lo tanto, si se considera que estas reglas se han convertido en estándares internacionales, se puede afirmar que aportan contenido concreto a la norma general de debida diligencia (en el ámbito de protección del medio marino). Por ejemplo, en lo referente a la supervisión y autorización de actividades de buques (reglas 4 a 8 del Anexo I del MARPOL).

2.3.4.4. El Convenio sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)

Según Birnie y Boyle el *Convenio sobre el Derecho del Mar* (CONVEMAR) es un ejemplo de incorporación de estándares internacionales para concretar las obligaciones del tratado (al igual que el Convenio de Basilea)⁷⁵⁵. En general, el convenio trata las cuestiones recogidas en los anteriores de manera conjunta y, como se explicó en el primer y segundo capítulo de esa parte, contiene la obligación de debida diligencia en sus artículos 193 y 194.2. En opinión de los autores, los artículos 210 y 211 del Convenio (referidos a la contaminación por vertimiento y la contaminación causada por buques) incorporan mediante referencia la *Convención de Londres* y el MARPOL, así como posiblemente otros tratados, códigos de la OMI y directrices internacionales acordados y adoptados por una gran mayoría de Estados marítimos⁷⁵⁶. De hecho, esta cuestión estaba presente en las conferencias para la elaboración del Convenio celebradas en Naciones Unidas. En la Tercera Conferencia sobre el Derecho del mar, los artículos 94 y 217 del *Texto Único revisado para fines de*

⁷⁵³ Convención sobre prevención de contaminación marina por vertidos de desechos y otras materias (1972). Ver art. IV del Anexo 1.

⁷⁵⁴ Convención para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre (1974), ars. 4 y 5. La Convención OSPAR para la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nordeste surgió en 1992 de la unificación de la Convención de París y la Convención de Oslo para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves (1972).

⁷⁵⁵ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

⁷⁵⁶ *Ibid.* pp. 113 y 353. No obstante, reconocen que no hay consenso en la doctrina sobre la interpretación de los artículos citados.

negociación (Rev. 2) hacen a los Estados responsables del cumplimiento de las normas y estándares internacionales aplicables sobre prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino, por parte de los buques de su registro⁷⁵⁷ El Convenio definitivo, firmado en 1982, mantiene esta línea. El artículo 210, en su punto 4, establece que: “Los Estados, actuando especialmente por conducto de las organizaciones internacionales competentes o de una conferencia diplomática, procurarán establecer reglas y estándares, así como prácticas y procedimientos recomendados, de carácter mundial y regional, para prevenir, reducir y controlar esa contaminación”. En su punto 6 puntualiza: “Las leyes, reglamentos y medidas nacionales no serán menos eficaces para prevenir, reducir y controlar esa contaminación que las reglas y estándares de carácter mundial”. El artículo 211 también hace referencia a esas “reglas y estándares de carácter internacional” (211.1) y que las leyes y reglamentos nacionales “tendrán por lo menos el mismo efecto que las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados que se hayan establecido por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general” (211.2.)

Si esta perspectiva es correcta, concluyen Birnie y Boyle, los Estados que hayan ratificado el CONVEMAR se verán obligados a adoptar los estándares básicos establecidos por tales tratados aunque no formen parte de ellos⁷⁵⁸. Un argumento de fuerza en apoyo a esta postura es la gran aceptación general de estos tratados, en especial del MARPOL que, según el autor, tiene una aplicación tan consolidada que puede estar en el proceso de crear una costumbre internacional en su ámbito⁷⁵⁹. De hecho, para el año 2000, las partes al MARPOL representaban más del 94% del tonelaje mercante mundial, lo que coloca a sus Anexos I y II en la categoría de “normas y estándares internacionales generalmente aceptados” tal y como está referido en el art. 211 de la CONVEMAR como el contenido mínimo del deber del Estado del pabellón para ejercitar un control diligente de sus barcos en la prevención de la contaminación marina⁷⁶⁰.

En definitiva, en opinión de Birnie, “el consenso expresado por los Estados durante la negociación

⁷⁵⁷ Vid. HANDL, Günter. “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”. *Am. J. Int'l L.* 1980, núm 74, p. 530. El texto referido es *Revised Informal Composite Negotiating Text for the Ninth Session*, UN doc. A/CONF.62/WP.10/Rev. 2 (1980). En concreto, arts. 94.3, 94.4 y 94.5 y el art 217. Este último establece, en su párraf 1, que “Los estados deben asegurar el cumplimiento con las normas y estándares internacionales aplicables establecidas mediante la organización internacional competente...” [Traducción propia].

⁷⁵⁸ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 353. En referencia a la expresión “generalmente aceptados”, el autor refiere a los trabajos de VUKAS, en SOONS (ed.), *Implementation of the Law of the Sea Convention Through International Institutions* (Honolulu, 1990), 405; BERNHARDT, 20 *VJIL* (1980), 265; VAN REENEN, 12 *NYIL* (1981), 3, etc. en nota al pie 28.

⁷⁵⁹ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

⁷⁶⁰ *Ibid.* p. 363.

de las provisiones ambientales del CONVEMAR sugieren que sus artículos sobre medio ambiente están apoyados por una *opinio iuris* y representan una codificación aceptada de principios que han llegado a ser parte de derecho consuetudinario”⁷⁶¹ El impacto de estos artículos “descansa esencialmente en su formulación de los principios de derecho consuetudinario, tanto aquellos reflejados en una práctica estatal previa como los desarrollados de manera subsiguiente”⁷⁶². El tratado, del que son parte 162 Estados, ha codificado en muchos aspectos las normas existentes de derecho consuetudinario o convencional⁷⁶³.

2.3.4.5. Otras fórmulas de eco-estándares cualitativos

Los mencionados hasta ahora han sido en su mayoría eco-estándares técnicos o cuantitativos (que indican límites de contaminación o normas procedimentales para controlarla). No obstante, al recoger la expresión “manejo ambientalmente adecuado” de la *Convención de Basilea* se hizo mención de otro tipo de estándares. Son los que Lefeber denomina eco-estándares cualitativos⁷⁶⁴, que incluyen varios tipos, por ejemplo, aquellos que requieran a los Estados usar técnicas de manufactura amigables con el medio ambiente así como prohibir otras. Un caso concreto es la Convención OSPAR, que en sus anexos I (art. 1) y III (art. 2) requiere el uso de las “mejores técnicas disponibles” y la “mejor práctica ambiental” para prevenir la contaminación de fuentes terrestres y fuentes en alta mar, respectivamente⁷⁶⁵. Otros ejemplo es la Convención de la UNECE sobre *Protección y uso de los cursos de aguas internacionales y lagos internacionales*, en cuyos anexos I (art. 3) y II refiere al uso de la “mejor tecnología disponible” y las “mejores prácticas ambientales” en relación a la reducción de entrada de sustancias nutritivas y sustancias peligrosas, o el *Acuerdo para la Reducción de la mortalidad del delfín en el Océano pacífico este* (EPO) de 1992, que busca fórmulas *ambientalmente adecuadas* para capturar atunes aleta amarilla adultos que no estén asociados con delfines; o la *Convención de 1989 para la prohibición de pesca con redes rastreras en el Pacífico Sur*. Otras fórmulas de este tipo son el uso de “medidas apropiadas” para prevenir la contaminación transfronteriza o de “la mejor tecnología posible” o “los mejores medios practicables”⁷⁶⁶.

Un uso de este tipo de eco-estándares cualitativos se encuentra en la normativa de la UE para el

⁷⁶¹ *Ibid.* pp. 351-2.

⁷⁶² *Ibid.* p. 353.

⁷⁶³ *Ibid.* p. 390.

⁷⁶⁴ LEFEBER, R. op. cit. p. 43.

⁷⁶⁵ LEFEBER, R. op. cit. p. 43, nota al pie 69.

⁷⁶⁶ LEFEBER, R. op. cit. p. 43; BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 113.

control integral de la contaminación. La reciente *Directiva para las emisiones industriales* (que reemplaza la Directiva sobre control y prevención integrada de la contaminación⁷⁶⁷) requiere a los Estados Miembros garantizar que las operaciones bajo su territorio son explotadas siguiendo un conjunto de principios que incluyen las “mejores tecnologías disponibles” (MTD), que establecen los requisitos para conceder la autorización a tales actividades⁷⁶⁸. La Directiva define la MTD como la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades en base a la cual se establecerán límites de emisión y otras condiciones de permiso con el objetivo de evitar o reducir las emisiones y su impacto al medio ambiente⁷⁶⁹. Con objeto de armonizar el contenido de este estándar MTD, se incorpora el “documento de referencia MTD”⁷⁷⁰, un instrumento elaborado mediante el intercambio de información entre Estados miembro, representantes de la industria y del sector no gubernamental y que contiene información detallada sobre las técnicas aplicadas, emisiones actuales y niveles de consumo en relación a la actividad, para determinar las MTD⁷⁷¹. Estas técnicas también se toman en consideración en caso de posible contaminación transfronteriza. En esta situación, el Estado donde se haya presentado una solicitud de permiso de una actividad de potenciales efectos transfronterizos deberá informar a los Estados posiblemente afectados y a la opinión pública, del modo establecido en el Anexo IV, según lo recoge el art. 26. La Directiva Industrial y el estándar MTD son una muestra más del proceso de estandarización y control integrado de la contaminación del que está siendo objeto la política medioambiental en la Unión Europea. Aunque sobre este aspecto se profundizará en el próximo capítulo, surge aquí como un ejemplo más de la creciente presencia de eco-estándares que concretan el deber de no contaminar a otros Estados regulado por la debida diligencia.

2.3.4.6. Las Normas de desempeño de la CFI como estándares internacionales.

Otro punto de referencia para los eco-estándares internacionales son las 'Normas de desempeño' de la Corporación Financiera Internacional (CFI) englobadas en las 'Nuevas Exigencias en materia social y ambiental' de la institución. Este instrumento es parte del Marco de Sostenibilidad adoptado

⁷⁶⁷ Directiva 2010/75/EU sobre Emisiones Industriales (prevención y control integrada de la contaminación) de 24 de noviembre de 2010, que reemplaza a la Directiva 2008/1/EC sobre prevención y control integrada de la contaminación.

⁷⁶⁸ Art. 11. b.

⁷⁶⁹ Art. 3.10.

⁷⁷⁰ El documento de referencia, en el ámbito concreto de la actividad, debe ser tomado en cuenta para establecer las condiciones de permiso, según el art. 14. 3.

⁷⁷¹ El documento de referencia MTD está definido en el art. 3. 11 y el proceso se regula conforme al art. 13. Más información sobre este documento, en la página de la Oficina Europea para la Prevención y Control Integrados de la Contaminación (PCIC). Disponible en <http://eippcb.jrc.es/about/> [Último acceso, el 23/04/2012].

por primera vez en 2006 con el objetivo de integrar el concepto de desarrollo sostenible y de responsabilidad social y ambiental en la corporación, que aporta la mayor fuente global de recursos económicos para las inversiones extranjeras en los países en desarrollo⁷⁷². Aunque las destinatarias de las Normas son las entidades inversoras (es decir, las ETN) y no los Estados, contribuyen a evidenciar las obligaciones generales dimanadas del derecho internacional del medio ambiente, dado que están basadas en los tratados internacionales y principios generales del DIMA⁷⁷³. Asimismo, su ámbito de actuación son los efectos de las actividades corporativas dentro del territorio del Estado de acogida, por lo que serán analizadas con más detenimiento en el próximo capítulo (sobre la contaminación intra-fronteriza). No obstante, en algunos puntos hacen referencia a la contaminación transfronteriza o global y recoge tratados y estándares de este ámbito, relevantes para este apartado. De las ocho 'Normas de desempeño', tres están enfocadas en el medio ambiente: La primera sobre evaluación social y ambiental y sistema de gestión, la tercera sobre prevención y reducción de la contaminación y la sexta sobre biodiversidad y ordenación sostenible de los recursos naturales.

La norma sobre Evaluación de Impacto Ambiental no hace sino recoger esta norma internacional consuetudinaria. Una novedad de la versión de 2012 respecto de las anteriores es que incluye de manera explícita el factor transnacional, que en 2006 no aparecía⁷⁷⁴. El documento actualizado establece que el proceso de evaluación de riesgos debe tomar en consideración “la emisión de gases efecto invernadero, los riesgos relevantes asociados con el cambio climático y los efectos transfronterizos potenciales, tales como la contaminación aérea, o el uso o contaminación de cursos de agua internacionales”⁷⁷⁵.

La norma de prevención de la contaminación está encaminada a reducir la contaminación atmosférica y sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, así como a lograr un uso

⁷⁷² Esta integrada por cerca de 200 Estados y financia proyectos en más de 100 países en desarrollo. En 2011, la CFI invirtió casi 19.000 millones de dólares en 500 proyectos. De ellos, 12.2000 millones fueron puestos por la institución y los restantes de otros inversores privados. Ver *IFC Annual Report 2011*. Disponible en http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/annual+report/2011+printed+report/ar_printedreport/ar2011 [Último acceso, 22/4/12].

⁷⁷³ MORGERA, Elisa. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability: The New Performance Standards of the International Finance Corporation”, *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, 2007, núm 18, pp. 151-2. La autora analiza las Normas de 2006, que ya han sido actualizadas por las de 2012, en vigor desde Enero de este año.

⁷⁷⁴ MORGERA, E. “Significant Trends in .” op. cit. p. 162. La autora lamentaba que la CFI ignorara esta norma, parte del derecho internacional consolidado y que también había sido acogida por el Banco Mundial.

⁷⁷⁵ *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2012. p. 8. [En adelante, “*IPF Performance Standards 2012*”. Disponible en: http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afd998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES

sostenible de los recursos naturales. Desde la versión de 2006, presta especial atención a los gases de efecto invernadero y a sus efectos sobre las generaciones presentes y futuras⁷⁷⁶. El documento recoge una serie de reglas y remite a diferentes estándares internacionales recogidos en tratados. Así, para la cuantificación de gases efecto invernadero remite a las “metodologías y buenas prácticas reconocidas internacionalmente”, en concreto, a las previstas por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático entre otras instituciones⁷⁷⁷. También se refiere a la *Convención sobre la Contaminación aérea transfronteriza a larga distancia* para limitar y controlar las emisiones de sustancias contaminantes que puedan tener impacto local, nacional y transfronterizo⁷⁷⁸. Contempla asimismo las Convenciones de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y la de Londres sobre contaminación por vertidos⁷⁷⁹. El documento tiene también en cuenta el uso de sustancias químicas altamente contaminantes y peligrosas, que insta a evitar en conformidad con los instrumentos internacionales respectivos: la Convención sobre los contaminantes Orgánicos Persistentes y el Protocolo de Montreal sobre sustancias que merman la capa de ozono así como a algunos pesticidas recogidos en la por la OMS⁷⁸⁰. En relación a los pesticidas, insta a seguir sistemas de gestión y a cumplir con una serie de reglas respecto a su almacenaje, manejo y disposición recogidas en el Código Internacional de Conducta para la distribución y uso de pesticidas de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) u otras Buenas Prácticas Industriales Internacionales (GIIP en sus siglas en inglés)⁷⁸¹.

Por último, la norma relativa a la protección de la biodiversidad esta basada de manera explícita en la Convención sobre la Diversidad Biológica⁷⁸² y hace referencia a estándares de protección reconocidos a nivel internacional, pero esta cuestión será tratada en el próximo capítulo.

2.3.4.7. Puntos de síntesis.

Recapitulando lo dicho en los párrafos anteriores, se podrían destacar algunos puntos básicos de la teoría de los estándares internacionales medioambientales:

1. Los eco-estándares se pueden definir como unas normas o patrones de referencia que

⁷⁷⁶ *IPF Performance Standards 2012*, p. 22.

⁷⁷⁷ *Ibid.* p. 24 y nota al pie 9.

⁷⁷⁸ *Id.* y nota al pie 10.

⁷⁷⁹ *Ibid.* p. 25 y notas al pie 14 (que refiere a las “convenciones internacionales”) y 15.

⁷⁸⁰ *Id.* y nota al pie 16.

⁷⁸¹ *Ibid.* p. 26.

⁷⁸² *Ibid.* p. 40.

marcan conductas encaminadas a la protección ambiental. Estas normas pueden ser de varios tipos:

- a. pautas de conducta que marcan un mínimo esfuerzo de diligencia por parte de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones (son aquellas expresadas en las fórmulas “las mejores técnicas disponibles”, “gestión ambientalmente razonables”, etc.).
 - b. límites a la emisión de determinadas sustancias o al vertido de residuos o sustancias peligrosas (que en algunos casos pueden imponer una prohibición absoluta de emisión) o protección de ciertos sectores o recursos naturales especialmente protegidos.
 - c. reglas de carácter técnico o muy específico para el desarrollo de determinados procedimientos.
2. En su mayoría, estos estándares tienen carácter internacional porque están recogidos en tratados internacionales o en directrices de OO.II. de alto reconocimiento. En algunos casos, son también muestra de un consenso de los Estados, por lo que pueden llegar a adquirir el estatus de norma consuetudinaria (como puede pasar, por ejemplo con la Convención MARPOL, como se explicó arriba).
 3. Algunos tratados internacionales incorporan estos estándares mediante inclusión, a través de fórmulas como puede ser apelar a las “normas internacionales generalmente aceptadas”, para poner un punto de referencia de cumplimiento a las provisiones del tratado.
 4. De este modo, los estándares internacionales aportan contenido a la costumbre internacional de debida diligencia. Aunque en el cumplimiento de esta obligación se tengan en cuenta las capacidades del Estado y las circunstancias del caso, estos estándares actúan como referencia obligada, estableciendo a veces normas de mínimos pero de obligado cumplimiento.

En conclusión, los ejemplos apuntados en estos apartados parecen indicar que el deber de debida diligencia, a pesar de su flexibilidad y naturaleza relativa, está dotado de unas obligaciones que se van concretando al amparo de la evolución del derecho internacional. Si bien es reconocible que

esta concreción varía según las áreas de protección implicadas (de entre las más evolucionadas está la relacionada con la protección del medio marino), se puede afirmar que hay una tendencia a extender este fenómeno a otros sectores. Como explicaban Contini y Sand, el uso de estándares forma parte del proceso de creación normativa internacional desde finales del siglo XIX o principios del XX y en la actualidad son parte importante del derecho internacional del medio ambiente, y ocupan parte del trabajo de las organizaciones internacionales, según P. Sands. También han sido reconocidos como mecanismos de implementación de los tratados multilaterales en el sector medioambiental, que ponen un límite (aun siendo sobre una base de mínimos) al principio de responsabilidad común pero diferenciada. Aunque no se puede decir que la debida diligencia imponga obligaciones absolutas ni del todo definida sobre los Estados, tampoco se puede sostener que éstas sean totalmente relativas o flexibles.

Capítulo 3: La protección del medio ambiente en situaciones de contaminación intra-fronteriza. La relación entre el medio ambiente y los derechos humanos.

3.1. Perspectiva e introducción.

Es positivo que la contaminación transfronteriza sea objeto de una norma internacional consolidada y permita, así, el desarrollo de principios y conceptos que avancen en el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. No obstante, esta regulación no cubre las múltiples situaciones donde hay un tipo de contaminación intra-fronteriza, es decir, que se origina y permanece dentro de las fronteras de un Estado. Sin restar importancia al otro ámbito, lo cierto es que muchos de los episodios de degradación ambiental producida por empresas transnacionales, donde se detectan además vulneraciones de derechos humanos (especialmente en el caso de presencia de poblaciones indígenas, pero no sólo), carecen de ese componente transfronterizo y por ello, no responden a los criterios determinados por el principio *sic utere tuo*. Por ello, era necesario estudiar qué opciones ofrece el derecho internacional del medio ambiente en su situación actual. Así, se ha podido observar que la preocupación de la Comunidad Internacional por el deterioro del medio ambiente ha llevado a reconocer la necesidad de poner límites a la contaminación no sólo a nivel transfronterizo, sino también dentro de las fronteras estatales. Aunque no se puede afirmar que exista una norma internacional a este respecto como la que regula la contaminación transfronteriza, sí se observa una

tendencia normativa de los Estados a vincularse por ciertas obligaciones dirigidas a prevenir la contaminación dentro de su propio territorio. La conservación de los recursos naturales, la protección de la biodiversidad, el concepto de desarrollo sostenible, el reconocimiento de especies o las áreas protegidas son algunos de los elementos que integran este ámbito de regulación en desarrollo. También se observan algunas sentencias o decisiones internacionales que apoyan esta perspectiva, así como instrumentos de *soft law* que ilustran cómo los Estados muestran preocupación por la protección internacional de su medio ambiente propio.

Se puede afirmar que el alcance de esta tendencia normativa tiene dos vertientes. La primera es “literal”, se trata de la protección del medio ambiente en sí mismo. La otra vertiente son sus consecuencias sobre la protección de los derechos humanos. Este aspecto está estrechamente ligado a la conexión entre la protección del medio ambiente y determinados derechos humanos como el derecho a la salud, a la vida, a la vida privada y familiar y determinados derechos participativos como el derecho al consentimiento libre, previo e informado. Así, se observa una progresiva implantación, en ciertos instrumentos internacionales, decisiones jurisprudenciales y parte de la doctrina, de la necesidad de prohibir la contaminación a un nivel de severidad tal que ponga en peligro la salud e integridad física de la persona y otros derechos fundamentales internacionalmente reconocidos. Esta segunda dimensión del alcance de la tendencia normativa no hace sino confirmar su existencia, pero con un ámbito de protección más amplio: no sólo se protege la naturaleza y el medio ambiente sino también ciertos derechos humanos reconocidos a nivel internacional. No se trata, cabe apuntar, de la existencia de un derecho humano a un medio ambiente sano. Esta es otra cuestión para la que no hay lugar en este trabajo pero que deberá ser tratada en su momento. Sino de la hipótesis que se planteaba al inicio de esta tesina: la relación entre la protección del medio ambiente y la garantía de determinados derechos humanos.

Como anotación terminológica, en el desarrollo de este capítulo se usará el término 'contaminación intra-fronteriza', en oposición a la 'contaminación transfronteriza' que se ha desarrollado en el anterior. Con certeza, se trata de un término apenas usado y rara vez aparece en la literatura en castellano. No obstante, parece apropiado para el discurso que aquí se va a desarrollar. La profesora Elisa Morgera habla de “intra-pollution” para referir aquella que, frente a la contaminación transfronteriza, se produce dentro de las fronteras de un país o en los límites de su jurisdicción⁷⁸³. Ésta será la contaminación a la que se referirá el uso de 'contaminación intra-fronteriza'.

⁷⁸³ MORGERA, E. *Corporate Accountability in International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 131.

Puede resultar chocante para quien lea estas páginas la defensa de que existe una tendencia normativa que supone una intromisión tan clara en el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos naturales de acuerdo con sus políticas internas y en búsqueda de su desarrollo. Por ello, es buen momento para recordar que esta perspectiva no es del todo inexistente en el derecho internacional del medio ambiente. La soberanía no implica que el Estado pueda actuar a su propio arbitrio, en tanto que debe cumplir con sus obligaciones internacionales, como es el caso del respeto al principio *sic utere tuo*, como se ha visto *supra*. Es cierto que este principio se fundamenta en el derecho de otros Estados y en los efectos extra-territoriales de las actividades, pero es que también, y sin ahondar mucho, se pueden encontrar nociones que limitan los efectos intra-fronterizos de la acción estatal. Un ejemplo es el mencionado principio de prevención. Como recuerdan Kiss y Shelton, “el deber de prevención también emerge claramente de la responsabilidad internacional de no causar daño significativo al medio ambiente extra-territorial, pero el principio preventivo busca evitar el daño con independencia de si hay o no impactos transfronterizos”⁷⁸⁴. Esta es una de las diferencias principales entre el principio de prevención y el de no daño transfronterizo recogido en Estocolmo. Mientras que éste deriva del principio de soberanía, aquel lo hace de la búsqueda de minimizar el daño ambiental como un objetivo en sí mismo⁷⁸⁵. Esta afirmación se puede confirmar atendiendo a los tratados internacionales (que se mencionarán más adelante) que contienen el principio preventivo. Kiss y Shelton sostienen que “de hecho, el objetivo de casi todos los instrumentos ambientales internacionales es prevenir el deterioro ambiental, tanto si concierne a la contaminación del mar, aguas interiores, la atmósfera o la protección de recursos vivos”⁷⁸⁶.

Muy vinculados con el principio de protección están las nociones de *protección, preservación y conservación* del medio ambiente, que constituyen otro indicio de esta evolución del derecho internacional del medio ambiente. En relación a estos conceptos, Kiss y Shelton explican que en la actualidad continúan emergiendo normas internacionales generales para la protección del medio ambiente, que “se aplican dentro del territorio de los Estados tanto si hay o no impactos transfronterizos ambientales o consecuencias fuera de la jurisdicción nacional”⁷⁸⁷. La norma más fundamental, explican, es la obligación de todos los Estados de conservar el medio ambiente y los recursos naturales de la tierra. Aunque subyacente a todos los instrumentos internacionales del

⁷⁸⁴ KISS, A.; SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 204. [Traducción propia]. En la misma línea, LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 254-5.

⁷⁸⁵ SANDS, P. *Principles of* op. cit. p. 246. Cita al Juez N. Singh, en la presentación de R.D. Munro y J.G Lammers (eds.) *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (1986).

⁷⁸⁶ KISS, A.; SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 205. [Traducción propia].

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 218. [Traducción propia].

medio ambiente, es raro encontrar afirmaciones explícitas de este deber, continúan, con la excepción del art. 192 de la *Convención del Derecho del Mar*⁷⁸⁸, el art. 20 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de aguas internacionales* o la *Convención sobre el Cambio Climático*, en su art 3.1. La *Convención sobre la Diversidad Biológica* contiene una lista de medidas para asegurar la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos. Kiss y Shelton realizan una breve distinción terminológica de los tres conceptos, que es conveniente recoger. Definen “protección” como el acto de abstenerse de realizar actividades dañinas y de llevar a cabo medidas positivas para asegurar que no produce deterioro ambiental⁷⁸⁹. “Preservación” puede referir a la inclusión de perspectivas a largo plazo que tienen en cuenta los derechos e intereses de generaciones futuras para las cuales se deben salvaguardar los recursos naturales⁷⁹⁰. Por último, el término “conservar” o “conservación” tiene un ámbito más estrecho, pero cae dentro del título de “protección”. Generalmente, explican, se usa en el ámbito de los recursos naturales y está basado en el *status quo*, exigiendo generalmente el mantenimiento de las condiciones necesarias para la existencia del recurso⁷⁹¹.

Otros instrumentos internacionales que recogen provisiones de conservación, protección y preservación son la *Convención Ramsar sobre los Humedales*⁷⁹², cuyo artículo 2.6 recoge las “responsabilidades de carácter internacional con respecto a la conservación, gestión y uso racional de las poblaciones migratorias de aves acuáticas”, o la *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO*⁷⁹³. Cuyo artículo 4 impone sobre los Estados la obligación de “identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio”. Los conceptos de conservación, protección y preservación también se incluyen de manera más frecuente en instrumentos de carácter regional⁷⁹⁴. En base a estos instrumentos, los autores establecen una relación entre la conservación

⁷⁸⁸ Como se ha mencionado ya, la Parte XII del Tratado se denomina “Protección y preservación del medio marino”.

⁷⁸⁹ KISS, A.; SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 218. [Traducción propia]. Recogen también la definición del *American Heritage Dictionary* de “proteger”: prevenir de ser dañado, atacado, robado o perjudicado.

⁷⁹⁰ *Id.*, La definición del *American Heritage Dictionary* para “preservar” es mantener en seguridad de perjuicio, peligro o daño y mantener en condiciones perfectas o inalteradas.

⁷⁹¹ Entre los documentos que contienen estos principios de conservación y protección, se citan la “Estrategia Mundial para la Conservación de la naturaleza”, de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 1980, y los “Principios Legales” de 1986 adoptados por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo.

⁷⁹² *Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas*. Adoptado en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971.

⁷⁹³ Celebrado en París, 16 de noviembre de 1972.

⁷⁹⁴ Por ejemplo, la Convención para la Conservación de la Naturaleza del Pacífico Sur (Noumea, 1976); la Convención europea de Berna de 1979 sobre la Conservación de la Vida Salvaje y los Hábitats Naturales y el Acuerdo ASEAN para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales de 1989.

de la naturaleza y la protección de los derechos e intereses de las generaciones futuras, como se mencionó arriba⁷⁹⁵.

La profesora Atapattu defiende la existencia de esta tendencia normativa. La autora describe el proceso de evolución del derecho internacional del medio ambiente a través de tres generaciones de problemas ambientales que han suscitado diferente tipo de regulación internacional. La primera generación corresponde con los problemas de contaminación transfronteriza (cuyo origen ubica, como hace la doctrina, en el caso *Fundición Trail*⁷⁹⁶). Prima la noción de soberanía, como ya se ha explicado, limitada por el principio *sic utere tuo* que inspiró el deber de debida diligencia ya analizado. El principio tradicional de cooperación o buena vecindad constituye la base esencial que justifica la intervención del derecho internacional en la soberanía del Estado, fundamentos que recoge la *Declaración de Estocolmo* en su Principio 21, donde se enfatiza, finalmente, el umbral de responsabilidad estatal en el “daño severo”⁷⁹⁷. Estos problemas ambientales (transfronterizos y de contaminación severa) corresponden a esa categoría de “primera generación”⁷⁹⁸. La segunda generación comienza en la década de 1980, con la emergencia de un tipo de problemas ambientales diferente: más que un componente transfronterizo, son fenómenos de dimensión global, tanto en su origen como en su impacto. El cambio climático o el deterioro de la capa de ozono son dos paradigmas de esta clase de problemas mucho más complejas tanto en sus causas (su origen está en las actividades que se producen dentro de cada Estado, aunque no todos inciden por igual) como en sus consecuencias (afecta a países alrededor de todo el mundo, de nuevo de manera desigual). La regulación anterior, dirigida a la contaminación transfronteriza, no podía responder a este tipo de problemas, como tampoco los principios tradicionales de causación y responsabilidad, y con ello se dio el paso a la regulación de actividades internas de los Estados desde el derecho internacional⁷⁹⁹. Un ejemplo de esta regulación es la adopción de la *La Convención para la protección de la Capa de Ozono* (1985), y el *Protocolo de Montreal* de sustancias que erosionan la capa de ozono (1987), así como la *Convención Marco para el Cambio Climático* (1992) y el *Protocolo de Kioto* (1997). La primera, que ha obtenido la aceptación de la mayoría de países industrializados y una gran parte de países en vías de desarrollo, se aprobó con el objetivo de prevenir o minimizar las actividades humanas que han contribuido al agotamiento de la capa de ozono, causada por las emisiones

⁷⁹⁵ KISS, A.; SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 221.

⁷⁹⁶ ATAPATTU, S. op. cit. p. 290-1.

⁷⁹⁷ *Ibid.* pp. 291-2.

⁷⁹⁸ HUNTER, D.; SALZMAN, J.; ZAEKE, D.; *International Environmental Law and Policy*. 2nd de, 2002. Citado *Ibid.* p. 293.

⁷⁹⁹ *Id.*

antropogénicas de determinados gases de efecto invernadero, particularmente los clorofluorocarbonos (CFCs)⁸⁰⁰. De este modo, la Convención requería a los Estados tomar las “medidas apropiadas” para cumplir con una serie de obligaciones, que son la cooperación para las observaciones e intercambio de información, la adopción de medidas legislativas y administrativas apropiadas sobre políticas de control encimadas a limitar, reducir o impedir actividades que puedan causar efectos adversos resultantes en la modificación de la capa de ozono y la cooperación para establecer las medidas, procedimientos y estándares con objeto de implementar la Convención⁸⁰¹. Con estos objetivos, en 1987 se adoptó el Protocolo de Montreal que establece obligaciones específicas, incluyendo las limitaciones y reducciones en los niveles de consumo y producción de ciertas sustancias que deterioran la capa de ozono⁸⁰². En esta misma fase empezaron a surgir principios y conceptos que buscaban dar respuesta a este tipo de fenómenos ambientales complejos, como el principio de quien contamina paga, el de precaución, el de evaluación de impacto ambiental, el de equidad intergeneracional o el propio concepto de desarrollo sostenible⁸⁰³.

No obstante, estos principios emergentes aún convivían con otros del derecho internacional tradicional, como el principio de no intervención en los asuntos internos, recogido en el art 2.7 de la Carta de la ONU⁸⁰⁴. Según Atapattu, este principio ha supuesto grandes obstáculos para el desarrollo de los derechos humanos y la protección integral del medio ambiente⁸⁰⁵. Mientras que el ámbito de los derechos humanos esta cuestión evolucionó hace años, en la protección ambiental el cambio vino con la creciente constancia de que muchas políticas internas de los Estados tenían consecuencias perjudiciales para el medio ambiente y, con ello, comenzó “una erosión gradual” de este principio, lo que significa, en palabras de la autora, “que los Estados no pueden recurrir más a esa ‘válvula de escape’ que, en el pasado, les provenía de una excusa para eludir el escrutinio internacional”⁸⁰⁶.

El avance del derecho internacional del medio ambiente culminó en un fenómeno que, siempre según la autora, ha dado lugar a la tercera fase del derecho internacional del medio ambiente: *la internacionalización de la protección ambiental*. Éste consiste en que cuestiones políticas y

⁸⁰⁰ SANDS, P. *Principles of...* op. cit. p. 343.

⁸⁰¹ Art. 2(2) a -d; y art. d(3). Citado en *Ibid.* p. 345.

⁸⁰² KISS, Alexander; SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*, op. cit. p. 576.

⁸⁰³ ATAPATTU, S. op. cit. p. 6

⁸⁰⁴ “2.7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.”.

⁸⁰⁵ ATAPATTU, S. op. cit. p. 7.

⁸⁰⁶ *Íd.* [Traducciones propias].

jurídicas que pertenecían exclusivamente al ámbito interno de los Estados (pues no había elemento transfronterizo ni daño a un bien global común) comenzaron a ser objeto de regulación internacional debido a sus efectos sobre el medio ambiente⁸⁰⁷. Una influencia decisiva en este fenómeno ha venido del concepto de desarrollo sostenible, introducido en la agenda política internacional en la década de los ochenta⁸⁰⁸ (mientras aún evolucionaba esa segunda fase del DIMA centrada en problemas globales). Dicho concepto impulsa a los Estados a integrar en sus procesos de desarrollo cuestiones de protección ambiental y, en este sentido, a evaluar los posibles efectos ambientales de sus actividades (aspecto sobre el que se detallará más adelante). Así, se produce, para la autora, un fenómeno nuevo: el inicio de una fase “en la que el derecho internacional dicta a los Estados como deben conducir sus asuntos internos con *independencia* de su impacto sobre el medio ambiente global”⁸⁰⁹. Algunos autores, como Sands, incluso hablan del surgimiento de una nueva rama del derecho internacional llamada “derecho internacional del desarrollo sostenible”⁸¹⁰. Como ejemplo de este proceso, la autora menciona las obligaciones de los Estados en relación a la biodiversidad, el desarrollo del proceso de evaluación de impacto ambiental (EIA) o la aparición del propio concepto de desarrollo sostenible⁸¹¹. Estos temas se irán analizando a lo largo del presente capítulo.

En definitiva, lo que se pretende mostrar en estas páginas es que el derecho internacional arroja indicios que permiten apuntar a la emergente tendencia normativa a limitar la contaminación dentro de las fronteras estatales mediante obligaciones de derecho internacional. En primer lugar, se introducirá la práctica emergente de los Estados a través de tres elementos. El primero de ellos es la existencia de tratados internacionales que recogen o reflejan la obligación de prevenir la contaminación intra-fronteriza. El segundo es la exposición de un caso práctico, las actividades de la corporación Vedanta Resources en India y la decisión del ministerio del Medio ambiente de bloquear uno de sus proyectos por motivos, entre otros, medioambientales. El tercero es la emergencia de mecanismos de *soft law por* mediante los cuales las corporaciones multinacionales se comprometen a respetar el medio ambiente de los Estados donde operan, y que refleja cómo los Estados han actuado para impulsar tales iniciativas por su preocupación respecto al problema. Después de esta práctica estatal emergente se analizará el caso concreto de una obligación que ya

⁸⁰⁷ ATAPATTU, S. op. cit. p. 294.

⁸⁰⁸ La introducción oficial se produjo, como ya se ha reiterado, con la publicación del informe “Nuestro futuro común”, emitido por la Comisión Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo en 1987.

⁸⁰⁹ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 6-7. [Traducción propia] [Cursiva en el original].

⁸¹⁰ SANDS. P. “International Law in the field of sustainable development”. 65 *Brit. Y.B. Int’L. L.*, 1994., cit. en ATAPATTU, S. op. cit. p. 6.

⁸¹¹ *Ibid*, p. 3.

está reconocida como norma internacional consuetudinaria en casos de contaminación transfronteriza y que está en proceso en el ámbito intra-fronterizo: la evaluación de impacto ambiental (EIA). Con esto concluye la primera parte de este capítulo, centrada en la protección del medio ambiente en sí mismo. Pero esta protección ambiental, como se ha explicado, tiene una dimensión que afecta a la protección de los derechos humanos y que es la que hace que el tema sea relevante en esta sede. Así, una segunda parte de este capítulo describirá, de forma breve, las relaciones entre el medio ambiente y determinados derechos humanos (con objeto de profundizar en la cuestión en un futuro trabajo de investigación). Por último, se expondrá otro caso práctico que refleja estas conexiones: la problemática de la multinacional petrolera Shell en el Delta del Níger.

3.2. La práctica emergente de los Estados

3.2.1. Tratados internacionales que contemplan el deber de prevenir la contaminación intra-fronteriza

En primer lugar, es necesario reflejar, como se ha apuntado, que algunos tratados internacionales del medio ambiente contienen normas relativas a la protección del medio ambiente dentro de las fronteras nacionales. Por diversos motivos (protección de la biodiversidad, áreas protegidas, conservación de la naturaleza...) estos tratados demuestran que, en algunos casos, los Estados han aceptado a adquirir obligaciones internacionales que de alguna manera les limita la acción dentro de su jurisdicción. Como decía la profesora Atappattu, se trata de una “internacionalización de la protección ambiental” por la que, asuntos que antes quedaban bajo la exclusiva incumbencia estatal, ahora empiezan a ser tratados bajo el derecho internacional.

3.2.1.1. Convención sobre la Diversidad Biológica

El desarrollo de la protección internacional de la biodiversidad es un ejemplo de lo que Atappattu había definido como internacionalización de la protección ambiental⁸¹². En la actualidad se trata de un sector del derecho internacional relativamente bien desarrollado, sujeto a numerosos tratados bilaterales y multilaterales de alcance regional y universal. No obstante, su clasificación en un marco de regulación único es problemática, debido a las interrelaciones de las especies vivas y los hábitats⁸¹³. Con objeto de no desviar el tema en las profundidades de la cuestión que le ocupa, estas

⁸¹² Vid supra en la Introducción al capítulo.

⁸¹³ SANDS. P. Principles of International Environmental Law, op. cit. pp. 501-2.

páginas se centrarán en las cuestiones que tienen que ver con la dimensión intra-fronteriza de la protección ambiental.

El concepto de 'diversidad Biológica' está definido en la Convención de 1992 como:

(art. 2) “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y los ecosistemas”

Según la interpretación de Kiss, los elementos referidos en el artículo refieren a componentes tanto dentro como fuera de la soberanía y jurisdicción nacional⁸¹⁴. El concepto de “biodiversidad” engloba tres categorías: diversidad genética (variaciones de especies dentro de las especies), diversidad de especies (variedad de especies dentro de una región) y diversidad de ecosistemas (variedad de ecosistemas dentro de una región)⁸¹⁵.

La protección de este ámbito de la naturaleza ha adquirido una creciente importancia, correlativa a la dimensión del problema. La diversidad biológica de los organismos está cada vez más amenazada por la explotación, la destrucción de los hábitats, la contaminación y un amplio rango de actividades que también impacta negativamente el medio humano. La extinción de las especies ha alcanzado proporciones alarmantes desde el inicio de la revolución industrial. La velocidad de extinción actual está estimada en 10000 veces por encima de la velocidad natural, de 9% de especies cada millón de años⁸¹⁶. La extinción de especies está directamente vinculada al fenómeno de la industrialización, urbanización, desertificación, desaparición de bosques y el crecimiento exponencial de la población humana. Las causas inmediatas de la pérdida de biodiversidad ocultan factores económicos y sociales complejos, desde el crecimiento de la población hasta la falta de incentivos para conservar los recursos naturales. La falta de tenencia para las comunidades indígenas y otras poblaciones merma los esfuerzos para mantener las prácticas de gestión de tierra tradicionales y sostenibles. A esta causas, se suman otras más amplias pero igual de influyentes, como la deuda externa a la que muchos países se encuentran sometidos y otras presiones económicas internacionales similares⁸¹⁷.

⁸¹⁴ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 352.

⁸¹⁵ *Ibid.* pp. 352-3; SANDS, P.; op. cit. p. 499; GURUSWAMY, Lakshman. *International Environmental Law in a nutshell*, 2ª ed. EEUU: West Publishing Co., 2003. p. 127.

⁸¹⁶ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 353. Cita el Report of the Ad Hoc Group of Experts to the Executive Director on Governing Council Decision 14/26, UNEP /Bio. Div. 1 (Inf.1), Oct, 7 1988, citado en nota le pie 353)

⁸¹⁷ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 354; GURUSWAMY, Lakshman. *International Environmental Law in a nutshell*, op. cit. pp. 131-2.

El empobrecimiento del patrimonio global genético puede tener consecuencias graves a largo plazo. Actualmente se desconocen las cualidades de muchas especies salvajes, por lo que la desaparición de una especie puede acarrear la pérdida de procesos biológicos o componentes de gran importancia desconocidos. Hasta un 80% de la población humana depende de sistemas medicinales tradicionales que utilizan productos a base de plantas naturales⁸¹⁸, lo que ilustra el valor incalculable de los servicios que provee la diversidad biológica y que está en peligro de desaparecer⁸¹⁹.

Esta situación ha motivado la creciente preocupación de los Estados y la comunidad internacional por unas cuestiones que antaño eran reguladas, si acaso, a nivel nacional. Por ejemplo, según cuentan Kiss y Shelton, el uso y protección de los animales era tradicionalmente considerado como parte de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, una soberanía que ofrecía escasa protección o nula en el caso de la flora. Más tarde, se empezaron a establecer áreas y especies protegidas⁸²⁰. Ya a finales del siglo XIX aparecieron los primeros tratados multilaterales para la protección de especies animales salvajes. Este paso se debió, por un lado, a que la protección de las especies migratorias necesitaba la acción de los Estados y, por otro, a que las especies colectadas para el comercio o las reservas en alta mar debían ser protegidas de la explotación insostenible. Recientemente se ha reconocido una tercera razón para la adopción de normas bilaterales o multilaterales de conservación, relacionada con la necesidad de cooperación interestatal para proteger a las especies no migratorias cuyo hábitat se extiende en los territorios de más de un Estado⁸²¹. Tras la Segunda Guerra Mundial se desarrollaron nuevos conceptos que reflejaron la emergencia de una conciencia global respecto al problema. Como primer ejemplo normativo destaca la *Convención Internacional para la protección de los pájaros* (octubre de 1950), aunque todavía por esta época, como en el resto del derecho internacional del medio ambiente, el problema se trataba de manera fragmentada, y con métodos de protección incompletos⁸²².

La *Declaración de Estocolmo* supuso un hito, al recoger en su Principio 4 que “el hombre tiene una responsabilidad especial de proteger y gestionar de manera sabia el patrimonio de la vida salvaje y su hábitat [] La conservación de la naturaleza, incluyendo la vida salvaje, debe por lo tanto recibir importancia en la planificación del desarrollo económico”. En el periodo sucedido entre esta Cumbre y la de *Río de Janeiro* (cuando se adoptó la *Convención sobre la Diversidad Biológica*)

⁸¹⁸ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. pp. 354-5.

⁸¹⁹ GURUSWAMY, Lakshman. *International Environmental Law in a nutshell*, op. cit. pp 128-9.

⁸²⁰ Sobre las áreas protegidas, ver GILLESPIE, Alexander., *Protected Areas and International Environmental Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

⁸²¹ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 355.

⁸²² *Ibid.* pp. 355-6.

surgieron otros dos instrumentos de interés ya mencionados. La “Estrategia Mundial para la Conservación de la naturaleza” de la UICN, en 1980, y la Carta Mundial de la Naturaleza, de 1982. Esta última estableció dos principios que, según Kiss y Shelton, abrieron una “nueva era en la política de conservación”⁸²³. Tales principios son el número 2, que afirma que la “viabilidad genética de la tierra no debe ser comprometida”, y el número 3, que insta que “todas las áreas del planeta, tanto tierra como mar, deben ser sujetas a estos principios de conservación” con especial atención a áreas únicas y a especies raras o en peligro. Estos instrumentos articularon los primeros principios que fueron después incorporados a la *Convención sobre la Diversidad Biológica*⁸²⁴.

Los objetivos de la Convención están recogidos en su artículo 1 y son tres: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se generen. Aunque en su artículo 3 recoge claramente el Principio 21 de Estocolmo (principio *sic utere tuo* y prevención de efectos transfronterizos), el ámbito de aplicación del Convenio está dentro de los límites nacionales (para el caso de componentes de diversidad biológica) y en procesos y actividades realizados bajo jurisdicción o control del Estado parte, con independencia de donde se manifiesten sus efectos)⁸²⁵. Dada además la naturaleza del objeto de protección, el tratado insta a los Estados a desarrollar o adaptar estrategias nacionales, planes o programas para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad así como a integrar, cuando sea posible y apropiado, estos principios en planes relevantes o inter-sectoriales y políticas⁸²⁶. En opinión de Kiss y Shelton, “la Convención se ocupa principalmente de los derechos y responsabilidades de los Estados a nivel nacional”, de ahí que la obligación general que impone a los Estados sea tomar medidas efectivas en el ámbito interno⁸²⁷. Ya en el preámbulo, equilibra el énfasis sobre la soberanía nacional de los recursos naturales con la obligación de la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos⁸²⁸. El Convenio detalla además (art. 7) una completa lista de medidas concretas que los Estados deben tomar para cumplir los objetivos y que se completan con el Anexo I sobre la identificación y seguimiento de determinadas especies y hábitats.

3.2.1.2. Áreas protegidas internacionales

Otro ámbito que ilustra la tendencia normativa a contraer obligaciones internacionales para proteger

⁸²³ *Ibid.* p. 356.

⁸²⁴ *Ibid.* p. 351.

⁸²⁵ Art. 3. y citado en SANDS, P. *Principles of Int. Env. Law*, op. cit. p. 517.

⁸²⁶ Art. 6 y SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 517.

⁸²⁷ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 358. [Traducción propia]

⁸²⁸ Preámbulo, párraf. 4 y 5. Citados en SANDS, P. op. cit. p. 516 y KISS, A, SHELTON, D. op. cit. p. 359.

el medio ambiente a nivel nacional es el de las áreas protegidas, aunque es un sector muy relacionado con el anterior, de protección de biodiversidad, incluye a éste en algunos ámbitos pero no se limita a él. Gillespie recoge como el “mínimo común denominador” para definir a un área protegida, que sea “un área definida geográficamente, que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”⁸²⁹. Aquí se identifican varios convenios internacionales de distintos ámbitos pero que comparten este elemento común entre sus objetivos de protección ambiental. Se trata de la *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO*⁸³⁰ y la *Convención Ramsar sobre los Humedales*⁸³¹.

El primer instrumento, dedicado a la protección del patrimonio mundial y adoptado el año de la celebración de la *Cumbre de Estocolmo*, contó con el impulso férreo de Estados Unidos, que en la Conferencia de la Casa Blanca de 1965 sobre Cooperación Internacional trató las múltiples amenazas a las que estaban sujetos algunos recursos culturales, históricos y nacionales de relevancia, cuya supervivencia era un asunto de incumbencia de todos los países⁸³². Para la conferencia preparatoria de la cumbre de 1972, este Estado presentó el borrador de una Convención sobre Patrimonio Mundial, que fue apoyado por una coalición de ONGs y organizaciones internacionales del calibre de la UNESCO. Su principal diferencia respecto a otros tratados internacionales similares es que busca incluir lugares “de valor universal destacado”, lo que limita de manera importante el porcentaje de áreas y otros elementos bajo su protección. El art. 2 de la Convención contempla como “patrimonio natural” los monumentos naturales contruidos por formaciones físicas y biológicas o grupos de esas formaciones, de valor universal excepcional; las formaciones fisiográficas y geológicas y zonas estrictamente delimitadas que constituyen el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas de valor universal excepcional y las localizaciones naturales o áreas naturales estrictamente delimitadas de valor universal excepcional. La valoración de estos elementos como “valor destacados” se hace desde el punto de vista de la conservación, la ciencia o la belleza natural. Kiss y Shelton apuntan que, de manera llamativa, la Convención considera que el patrimonio global como “propiedad”⁸³³, lo que se observa en el listado de las 936 “propiedades” consideradas patrimonio mundial en la actualidad⁸³⁴.

⁸²⁹ GILLESPIE, Alexander., *Protected Areas and International Environmental Law*. op. cit. p. 27. El autor extrae la definición del Convenio sobre Diversidad Biológica (1992), art. 2.

⁸³⁰ Celebrado en París, 16 de noviembre de 1972.

⁸³¹ *Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas*. Adoptado en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971.

⁸³² GILLESPIE, Alexander., *Protected Areas and International Environmental Law*. op. cit. p. 10.

⁸³³ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. p. 381, nota al pie 77.

⁸³⁴ Ver el listado en <http://whc.unesco.org/en/list> [último acceso, 20/5/2012].

El tratado presenta una perspectiva muy interesante de la tensión entre protección internacional y soberanía estatal respecto a un recurso interno. Según el art. 4, a cada Estado “le incumbe primordialmente” “la obligación de “identificar, proteger, rehabilitar, conservar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural”⁸³⁵. Gillespie explica que, aunque las áreas de patrimonio mundial conciernen a toda la comunidad internacional, la soberanía general de un Estado sobre sus propias áreas no puede ser subestimada. Esta tensión es visible por el hecho de que varios países han luchado con el intento de conciliar sus obligaciones internacionales (una vez que han conseguido incluir un área en la lista de protección) y los objetivos nacionales relacionados con dicha área. Este conflicto, continúa, fue puesto en evidencia casi en Australia con el asunto *Commonwealth v. Tasmania* (el caso de la Presa de Tasmania)⁸³⁶. Aunque se sostuvo que las recomendaciones del Comité de Patrimonio Mundial no son vinculantes sobre un Gobierno soberano, los compromisos adquiridos por éste al firmar la Convención tampoco podían ser desechados sin más. De este modo, los planes para construir una presa hidroeléctrica en el Frank River de Tasmania, a pesar de contar con el apoyo del Gobierno, fueron rechazados, al estar la zona en la lista de Patrimonio Mundial, para la cual eran relevantes las obligaciones internacionales adquiridas, aunque voluntariamente, por el Estado⁸³⁷.

Por su parte, la *Convención Ramsar sobre los Humedales* surgió de la preocupación de Estados y organizaciones no gubernamentales por la creciente pérdida y degradación de los hábitats de humedales de las aves acuáticas migratorias. Fue negociado en la década de 1960 y es el único tratado global relativo al medio ambiente que se ocupa de un tipo de ecosistema particular⁸³⁸, reflejando en el momento de su negociación y aprobación los esfuerzos que a nivel internacional se quisieron destinar para proteger un tipo de hábitat concreto más que a las especies que acoge⁸³⁹. El art. 1 considera como humedales “las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”. La Convención hace un fuerte reconocimiento de la soberanía nacional sobre las áreas protegidas en los Estados⁸⁴⁰, sin perjuicio de la cual cada parte

⁸³⁵ Art. 4, Texto extraído de la página de la Convención en español. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [último acceso, 22/05/2012]

⁸³⁶ Caso de la presa de Tasmania, en 158 CLR. 1 (1983)

⁸³⁷ GILLESPIE, Alexander., *Protected Areas and International Environmental Law*. op. cit. p. 12

⁸³⁸ Ver presentación del Convenio de Ramsar, http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-april12index/main/ramsar/1%5E25700_4000_2 [último acceso, 20/5/2012].

⁸³⁹ SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 544.

⁸⁴⁰ Art. 2.3, GILLESPIE, Alexander, *Protected Areas and International Environmental Law*. op. cit. p. 15

contrae una serie de obligaciones internacionales respecto tales áreas, que comienzan con la designación de, al menos, un humedal por cada Estado que firme o deposite su instrumento de ratificación o adhesión al Tratado⁸⁴¹. No obstante, “por motivos urgentes de interés nacional”, el Estado tiene derecho de retirar de la lista o reducir los límites de los humedales incluidos, aunque al hacer uso de este derecho deberá “tener en cuenta sus responsabilidades de carácter internacional con respecto a la conservación, gestión y uso racional de las poblaciones migratorias de aves acuáticas (art. 2.6), de tal modo que, en estos casos, “deberá compensar en la medida de lo posible, la pérdida de los recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una proporción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar” (art. 4.2)⁸⁴². Después de numerosos esfuerzos por parte de los impulsores del Tratado⁸⁴³, en la actualidad éste cuenta con 160 Estados parte, que aportan algo más de 2000 humedales protegidos cubriendo una superficie total de más de 190 millones de hectáreas en todo el mundo⁸⁴⁴.

3.2.1.3. Conservación del suelo: *Convención de las Naciones Unidas en Lucha contra la desertificación y la sequía*⁸⁴⁵.

Éste es el principal instrumento elaborado a nivel internacional para luchar contra una de las manifestaciones más severas de la degradación del suelo, siendo éste “el proceso que describe el fenómeno de inducción humana que disminuye la capacidad presente o futura del suelo de soportar la vida humana”. Este fenómeno tiene diferentes grados, desde degradación leve (que permite la restauración del suelo con prácticas de conservación) hasta extrema (donde el área se vuelve no apta para la agricultura y no permite restauración)⁸⁴⁶. Las causas principales de la degradación del suelo se hallan en las actividades agrícolas, la sobre explotación, la deforestación, las actividades industriales y bio-industriales y exceso de pastoreo⁸⁴⁷.

Antes de la Convención de 1992 existían algunos instrumentos regionales, por ejemplo en el marco de la Unión Africana (UA), con la *Convención Africana sobre la Naturaleza y los Recursos*

⁸⁴¹ Arts. 2. 4 y 5. SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 544.

⁸⁴² Ver también SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 544.

⁸⁴³ Para superar la inicial reticencia al tratado, los impulsores se centraron en obtener la adhesión de islas pequeñas y países en desarrollo y a través de iniciativas regionales en el Hemisferio Occidental. África, América Central y del Sur, Asia y los Trópicos. GILLESPIE, A., *Protected Areas and International Environmental Law*. op. cit. p. 14.

⁸⁴⁴ Información de la página web del Convenio, www.ramsar.org, op. cit. a fecha de 20/5/2012.

⁸⁴⁵ *Convención internacional en lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación*, en particular en África. Adoptado en París, 17 de junio de 1994.

⁸⁴⁶ SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 555. Citando el World Resource Institute, *World Resources* (1992-3), 113.

⁸⁴⁷ *Id.*

*Naturales*⁸⁴⁸ adoptada en 1968 y revisada en 2003. Este instrumento ya refleja el compromiso de los Estados africanos con la protección y preservación de su naturaleza, adoptando obligaciones internacionales respecto a sus recursos internos. Así, la versión original del documento establecía como “principio fundamental” que todos los Estados deben “adoptar las medidas necesarias para asegurar la conservación, uso y desarrollo del suelo, agua, flora y recursos de fauna”⁸⁴⁹. No en vano, África es el continente que padece en mayor medida el problema de la desertificación, una forma particularmente seria de degradación del suelo, recogida en la Agenda 21 como la “degradación de los suelos de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas resultante de diversos factores, entre ellos las variaciones climáticas y las actividades humanas”⁸⁵⁰. La dedicación de todo un capítulo de este instrumento (Cap 12, “Ordenación de los ecosistemas frágiles: Lucha contra la desertificación y la sequía”) muestra cómo, con la Cumbre de Río de Janeiro este problema quedó introducido en la agenda jurídica internacional. Así, en diciembre de 1992, a instancias de la CNUMAD, la Asamblea General de la ONU estableció un comité internacional de negociación para elaborar una convención internacional sobre la problemática⁸⁵¹. La Convención fue adoptada en 1994 y entró en vigor en 2006, con el objetivo de combatir la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, “mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas”⁸⁵². Con este objetivo, el Tratado conmina a los países afectados a desarrollar programas de acción nacionales para combatir la desertificación de acuerdo con los criterios regionales establecidos en los cuatro Anexos⁸⁵³. Para los países desarrollados también hay obligaciones, consistentes en proveer financiación para otras formas de apoyo a los países afectados en desarrollo, particularmente aquellos en África, y facilitar su acceso a la tecnología apropiada y el conocimiento (art. 6). El tratado acoge así el principio de responsabilidad común pero diferenciada, que aparece reflejado de manera amplia a lo largo del documento⁸⁵⁴.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido las dificultades en la implementación de este Convenio internacional, cuando todavía hay zonas del mundo que padecen graves sequías,

⁸⁴⁸ *African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, en Algeria el 15 de septiembre de 1968.

⁸⁴⁹ Art. II [Traducción propia]. Para más información sobre la Convención Africana y un caso particular, vid infra, apartado 4.2 del Capítulo.

⁸⁵⁰ Agenda 21, Cap 12, párraf. 12.2.

⁸⁵¹ UNGA Res. 47/188 (1992). Citado en SANDS, P. *Principles...* op. cit. pp. 556-7.

⁸⁵² Art. 2.1

⁸⁵³ Art. 5. Los anexos de implementación regionales están provistos para África, Asia, América Latina y el Caribe y el Mediterráneo Norte. Ver SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 557.

⁸⁵⁴ KISS, A, SHELTON, D. *International Environmental Law*, op. cit. pp. 446-8.

como el Cuerno de África⁸⁵⁵. Entre los aspectos que deben ser mejorados, se ha reconocido la necesidad de fomentar el desarrollo y conocimiento científico sobre la naturaleza del fenómeno y reforzar aspectos como la evaluación y el seguimiento⁸⁵⁶.

3.2.1.4. Instrumentos Internacionales de ámbito regional.

A nivel regional existen algunos convenios internacionales que denotan el compromiso de los Estados por proteger aspectos de su medio ambiente interno. De entre las más relevantes se pueden destacar el *Acuerdo ASEAN sobre la Conservación de la naturaleza y los recursos naturales* (1985); la *Convención Apia* (1976) y la *Convención de Noumea* (1986) de la Organización del Pacífico Sur, y la *Convención de Bamako* (1991) de la Unión Africana.

a. El Acuerdo ASEAN

La Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático reúne a diez países en esta región del planeta con los objetivos de mejorar el desarrollo económico, asegurar la paz y estabilidad y fomentar la cooperación. Aunque en sus principios fundamentales no figuran de manera explícita cuestiones medioambientales⁸⁵⁷, en 1985 los Estados parte firmaron la Convención ASEAN para proteger su naturaleza y recursos naturales. Aunque aún no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones, conviene recordar que, según la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, aquellos que no hayan sido ratificados pueden tener consecuencias legales. En virtud de su artículo 18, cuando un Tratado ha sido firmado pero aún no está en vigor, los Estados que hayan firmado o presentado instrumentos de reserva de ratificación o aceptación a un tratado, deberán abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y fin del mismo⁸⁵⁸.

El Convenio establece como principio fundamental que las partes “en el marco de sus respectivas leyes nacionales, se comprometen a adoptar de manera individual o cuando sea necesario y apropiado mediante la acción concertada, las medidas necesarias para mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas que soportan la vida, a preservar la diversidad genética y a asegurar la utilización sostenible de los recursos naturales cosechados bajo su jurisdicción”. A este fin, los Estados “desarrollarán estrategias de conservación nacional y coordinarán tales actividades

⁸⁵⁵ La AGNU reconoció que esta zona, en el oeste del continente africano, padeció el pasado año la peor sequía de su historia. Ver A/RES/66/201.

⁸⁵⁶ Doc A/66/291, Sec II, C. Párrafs 73-4.

⁸⁵⁷ Bangkok Declaration, Bangkok, 8 agosto de 1967. Tratado disponible en la web: <http://www.aseansec.org>

⁸⁵⁸ *Convención sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 1969, art, 18.

en el marco de la estrategia de conservación para la Región”⁸⁵⁹. El texto bien podría haber sido incluido en el apartado de diversidad biológica, pues está muy centrado en esta cuestión e introduce a este respecto provisiones legales muy innovadoras en comparación con acuerdos regionales de conservación de la biodiversidad previos, por ejemplo, el esquema de sostenibilidad para tratar de manera integrada la conservación y el desarrollo económico⁸⁶⁰. El Capítulo II está dedicado a la 'Conservación de Especies y Ecosistemas', donde se insta a las partes a actuar para la conservación y supervivencia de todas las especies bajo su jurisdicción y control, así como a proteger las especies en peligro y sus hábitats (listados en el Anexo I)⁸⁶¹. También se enfoca la protección de los bosques (art. 6), un aspecto muy relevante pues aún no ha recibido en el derecho internacional la atención que mereciera. Para ello, llama a crear reservas forestales y planes de reforestación y a asegurar, en la máxima medida posible, la conservación de sus bosques naturales (en particular, los manglares) y a desarrollar planes de gestión forestal. El Capítulo III (“Conservación de procesos ecológicos”) se recoge con claridad el principio de prevención y conservación, en particular el art. 11 sobre “contaminación”. Como se explicó en el apartado anterior, el Convenio contiene también la obligación de realizar una EIA (art. 14) así como provisiones relativas al deber de información y participación pública (art. 16).

Observando las disposiciones del tratado no se puede obviar que, las obligaciones, muy detalladas, que impone a sus Estados parte influyen en cómo estos desarrollan sus políticas internas en relación a sus propios recursos. Cuestión aparte y adicional es cuando tales recursos son compartidos o las actividades bajo su jurisdicción tienen efectos transfronterizos, que se regulan en los arts. 19 y 20 respectivamente. Para tales cuestiones añade las obligaciones ya conocidas de EIA, informar, notificar y consultar.

b. El Foro del Pacífico Sur

Esta organización, fundada en 1971, reúne a los jefes de Estado y de Gobierno de las islas independientes y autónomas de la región, con el objetivo de fomentar la cooperación⁸⁶². En materia de protección ambiental, han suscrito dos convenios de cierta relevancia: el *Convenio Apia sobre la Conservación de la Naturaleza en el Pacífico Sur* (1976)⁸⁶³ y la *Convención de Noumea sobre la*

⁸⁵⁹ ASEAN, Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, Kuala Lumpur, julio 1985. Arts. 1,1 y 1.2. [Traducción propia].

⁸⁶⁰ SANDS, P. *Principles of International Law*. op. cit. p. 541.

⁸⁶¹ Ars. 3 y 5. SANDS, P. *Principles of International Law*. op. cit. p. 541.

⁸⁶² Se puede consultar su página web: <http://www.forumsec.org/>

⁸⁶³ Firmado en Apia (Samoa) el 12 de junio de 1976

*Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente del Pacífico Sur (1986)*⁸⁶⁴

El primer convenio es, según Kiss y Shelton, modesto tanto en su contenido como su ámbito de aplicación⁸⁶⁵. Está muy enfocado a la protección de la biodiversidad y, en concreto, mediante la creación de áreas protegidas con el objeto de preservar muestras representativas de los ecosistemas naturales y el patrimonio de la vida salvaje y su hábitat (art. 2.1). También trata la protección de las especies en peligro y especies migratorias, aunque deja a cada Estado parte establecer la lista de especies bajo protección (art. 5.2). Asimismo, estas obligaciones están limitadas mediante el artículo 6, que permite a las partes establecer las provisiones apropiadas para permitir el uso tradicional de las áreas y especies de acuerdo a prácticas culturales tradicionales.

De mayor alcance y relevancia es la convención de Noumea, adoptada diez años después y que tiene como objeto central la protección del medio ambiente marino, habiéndose establecido como el convenio marco para la protección y gestión del medio ambiente marino y costero de la región del Pacífico Sur. De este modo, en sus provisiones generales establece que los Estados parte se comprometerán a “concluir tratados bilaterales y multilaterales, incluyendo acuerdos regionales y sub-regionales, para la protección, desarrollo y gestión del medio ambiente marino y costero del Área de la Convención”, y que tales acuerdos serán consistentes con la Convención y con el derecho internacional (haciendo una mención especial a la Convención de Londres sobre vertidos de desechos y otras materias)⁸⁶⁶. El 'Área de la Convención' está definida como *i.* las zonas de 200 millas marinas, establecidas de acuerdo con el derecho internacional, de las islas que se detallan en este artículo, *ii.* las áreas de alta mar que estén cercadas por todos sus lados por las zonas de 200 millas marinas referidas en el epígrafe *i.* y *iii.* las zonas del Océano Pacífico que hayan sido incluidas en el área de la Convención en función del art. 3. Por lo tanto, las disposiciones de la Convención se aplican también a las Zonas Económicas Exclusivas (ZEE)⁸⁶⁷. El Convenio ha referencia clara al “derecho soberano de los Estados de explotar, desarrollar y gestionar sus propios recursos naturales en cumplimiento de sus propias políticas”, pero, eso sí, “tomando en consideración su deber de proteger y preservar el medio ambiente” (art. 4.6). A efectos de la tendencia normativa a la protección internacional del medio ambiente interno, es relevante la

⁸⁶⁴ Firmado en Noumea, el 24 de noviembre de 1986.

⁸⁶⁵ En 2003 tenía cinco Estados parte, de los 16 que integran la organización. KISS, A., SHELTON, D., A op.cit. p. 374.

⁸⁶⁶ Arts. 4.1 y 4.3. Texto disponible en <http://www.forumsec.org> [Traducción propia]

⁸⁶⁷ Según regula el CONVEMAR, éstas ZEE son áreas marítimas que se extienden hasta 200 millas marinas de las líneas de base donde parte el mar territorial, y donde el Estado costero tiene determinados derechos de soberanía, para los propósitos de exploración de recursos y explotación, así como la conservación y gestión de los recursos naturales, tanto vivos como no. CONVEMAR, arts. 55-58, dentro de la Parte V, “Zona Económica Exclusiva”. Ver también SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 570.

incorporación del principio de prevención del art. 5.1, en el que establece que las partes procurarán “prevenir, reducir y controlar la contaminación en el Área de la Convención, de cualquier origen, y asegurar una gestión ambiental razonable y el uso sostenible de los derechos naturales”. Afirma también que, para este fin, “las partes intentarán armonizar sus políticas a nivel regional”⁸⁶⁸. Este convenio fue utilizado por Australia para solicitar medidas ante el TIJ en el caso las *Pruebas Nucleares*⁸⁶⁹, como se analizó en el apartado anterior.

3.2.1.5. Reflexiones finales

Además de los instrumentos mencionados, otros tratados internacionales contienen indicios de la práctica estatal de proteger su ambiente propio mediante obligaciones internacionales. Por ejemplo, tratados relativos a la conservación de especies migratorias⁸⁷⁰, a la contaminación por sustancias químicas⁸⁷¹ o la importación de residuos peligrosos⁸⁷². También pueden mencionarse los relativos a la protección de bienes comunes como mares y océanos⁸⁷³, la capa de ozono⁸⁷⁴ y el Cambio Climático⁸⁷⁵ como problemática global. Con los ejemplos mencionados y que en muchos casos se aplican o se observan los principios de prevención, conservación y protección del medio ambiente, explicados en la introducción al capítulo⁸⁷⁶, resulta difícil negar de pleno que existe una práctica estatal creciente en asumir este tipo de compromisos. Puede, por lo tanto, seguirse el discurso de la profesora Atapattu al referir a ese proceso de “internacionalización de la protección ambiental”. Un fenómeno derivado de la creciente constancia por parte de los Estados y la comunidad internacional en su conjunto de que los problemas que afectan al medio ambiente en el ámbito nacional no pueden ser ignorados o relegados al ámbito interno. De no ser así, ningún Estado aceptaría a que su soberanía fuera mermada recibiendo dictados del derecho internacional sobre cómo debe gestionar su biodiversidad, sus recursos naturales, sus costas o sus tierras. Cuando este fenómeno se da, además, a varios niveles (en el global de las Naciones Unidas y en el regional de las diferentes organizaciones regionales) se observa que tales esfuerzos se ejercen en canales diferentes y de

⁸⁶⁸ Art. 5.1 [Traducción propia].

⁸⁶⁹ *Nuclear Tests (New Zealand vs France)* 1995, op. cit. Vid supra, Cap. 3.2.

⁸⁷⁰ Convención sobre la conservación de especies migratorias de fauna salvaje, firmado en Bonn, 1979. Su artículo 5 contiene el principio de prevención de la contaminación,

⁸⁷¹ Convenio sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPs). Estocolmo, 2001.

⁸⁷² Convención para la prohibición de la importación de residuos peligrosos en África y el control de sus movimientos transfronterizos dentro de África, Bamako, enero, 1991.

⁸⁷³ Por ejemplo, la Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves (1972) y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.

⁸⁷⁴ Convención para la protección de la Capa de Ozono, marzo 1985.

⁸⁷⁵ Convención Marco sobre el Cambio Climático, marzo 1992.

⁸⁷⁶ Ver supra, 3.1.

manera muchas veces simultánea. Cuestión aparte (aunque esencial) es la efectividad o implementación de tales tratados internacionales, pero éste es un asunto que, aunque con diferentes grados, afecta al derecho internacional en general.

3.2.2. Un caso práctico: el proyecto minero de Vedanta Resources en India. Implicaciones para la comunidad Dongria Kondh y el medio ambiente.

El 24 de agosto de 2010, el ministerio de Medio Ambiente y Bosques de la India bloqueó el proyecto de la corporación británica Vedanta Resources de construir una mina de bauxita en la colina Niyamgiri, en el estado indio de Orissa. El proyecto, presentado por la filial de la empresa, Sterlite Industries India Limited (SIIL) en cooperación con el Gobierno de Orissa (a través de un acuerdo con la empresa estatal Orissa Mining Corporation -OMC)⁸⁷⁷, había recibido una primera autorización del Tribunal Supremo indio y una autorización ambiental del ministerio, y estaba a espera de la autorización forestal (ambas autorizaciones son independientes en la legislación india)⁸⁷⁸. La construcción de la mina de bauxita (componente esencial del aluminio) tiene implicaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Por un lado, la localización proyectada es el único lugar donde vive la tribu Dongria Kondhs. Esta comunidad indígena de 8.000 personas tiene su modo de vida profundamente ligado a la naturaleza, tanto desde el punto de vista de su subsistencia como desde el cultural y religioso. La montaña Niyamgiri no es sólo su hogar sino el de su dios, Niyam Raja, por lo que la destrucción de la montaña (identificada por Vedanta debido a su riqueza en bauxita) acarrearía la pérdida de un bien cultural y religioso esencial para esta tribu⁸⁷⁹. Asimismo, Niyamgiri posee una riqueza única en especies animales y vegetales, por lo que es objeto de especial protección ambiental, como se verá a continuación. Con todos estos ingredientes, el asunto de Vedanta en India combina elementos de las dos perspectivas anunciadas en la introducción de este capítulo: la protección del medio ambiente por sus efectos sobre los derechos humanos (así como, en este caso, los derechos de los pueblos indígenas) y la fundamentación de los principios de protección medioambiental y conservación de la naturaleza⁸⁸⁰. Otro vértice de relevancia del caso es que adquiere una dimensión internacional

⁸⁷⁷ Para información sobre el proyecto de la mina y la refinería ya construida, ver la microweb creada por Vedanta Resources: <http://lanjigarhproject.vedantaaluminium.com> [último acceso, 2/5/2012].

⁸⁷⁸ MoEf, Gobierno de India, Proyecto para una mina de bauxita en Orissa, Nota de prensa, 27 de noviembre de 2009. Citado en Amnesty International: "Don't mine us out of existence. Bauxite mine and refinery devastate lives in India", 2010, ASA/20/001/2010. p. 5.

⁸⁷⁹ Para información sobre esta tribu, ver la página de Survival International, defensora de los derechos de los pueblos indígenas: <http://www.survival.es/indigenas/dongria> [último acceso, 2/5/2012].

⁸⁸⁰ En este caso se trata de dos elementos estrechamente ligados. Pues el propio Acta de los derechos Forestales recoge que el concepto de "bosques" incluye no sólo a su flora y fauna, sino también a su población humana que lo habita,

(además de por estar envuelta una corporación transnacional e inversión extranjera) porque fue analizado a la luz de las Directrices de la OCDE para las Multinacionales⁸⁸¹. El motivo fue la denuncia presentada por la ONG Survival International ante el Punto Nacional de Contacto (PNC) de las *Directrices de la OCDE* en Inglaterra. El informe presentado por este organismo en septiembre de 2009 da la razón a las alegaciones de Survival International en que Vedanta Resources ha violado las Directrices de la OCDE en una serie de artículos⁸⁸². Aunque la denuncia de la ONG se centra exclusivamente en los derechos humanos del pueblo Dongria Kondhs (y en consecuencia, así lo hace el informe del PNC), la cuestión sirve para llamar la atención sobre el papel de las Directrices de la OCDE como uno de los instrumentos internacionales de *soft law* que, aunque dirigidos a las corporaciones, sirven para reflejar la opinión de los Estados favorable a la protección del medio ambiente dentro de sus fronteras (precisamente, como protección frente a los posibles efectos negativos de las inversiones extranjeras).

3.2.2.1. Contexto: los efectos sobre el medio ambiente (y los derechos humanos) del proyecto de Vedanta

Hay que partir de la puntualización de un aspecto: el caso concreto relativo a la construcción de la mina de bauxita en la montaña de Niyamgiri se refiere a un proyecto que aún no ha tenido lugar (al menos no legalmente)⁸⁸³, por lo que los impactos del mismo sobre el medio ambiente y los derechos humanos de la población son 'potenciales', identificados por diferentes informes gubernamentales y no gubernamentales. No obstante, el desarrollo de proyectos directamente relacionados con éste, como la refinería de aluminio en la cercana localidad de Lanjigarh, han permitido comprobar sus efectos adversos sobre la población, por ejemplo, debido a la fuerte contaminación causada por la inobservancia de las medidas de salvaguarda por parte de la entidad. Así lo indica, por ejemplo, el informe “Vedanta cares? Busting the myths about Vedanta’s operations in Lanjigarh, India”,

debido a su importancia integral para el mantenimiento del ecosistema. SAXENA (et al), “Report of the Four Members Committee for Investigation onto the Proposal submitted by the Orissa Mining Company for Bauxite Mining in Niyamgiri”, 16 Agosto 2010, p. 73. [En adelante: *Saxena Report*].

⁸⁸¹ Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCED), Directrices para las Empresas Multinacionales, actualizado en 2011. En adelante *Directrices OCED* Disponible en http://www.oecd.org/topic/0,3699,en_2649_34889_1_1_1_1_37439,00.html [último acceso, 2/5/2012].

⁸⁸² *Final Statemt by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinationals Enterprises. Complaint from Survival International against Vedanta Resources*. 25 septiembre 2009. Disponible junto a otros documentos del caso en http://oecdwatch.org/cases/Case_165 [último acceso, 2/5/2012].

⁸⁸³ Antes de obtener la autorización forestal, Vedanta comenzó con algunos elementos del proyecto, como la tala de flora para despejar el suelo y la construcción de pilares para el cinturón de transporte que uniría la mina a la refinería, pero tuvo que detenerlo debido a las protestas populares. Amnistía Internacional “Don’t mine us out.” op. cit. p. 18.

publicado por Action Aid⁸⁸⁴. La investigación realizada por la ONG desmontó las “mentiras” esgrimidas por la corporación para defender sus actuaciones en la zona. Entre otras cuestiones relacionadas con los derechos de la población afectada (como el derecho al consentimiento previo, libre e informado), recoge información relativa al impacto ambiental. Así por ejemplo, describe la presencia de lodazales de lodo rojo y ceniza derivados de los desechos tóxicos de la refinería. Estos fangales tóxicos se han ido asentando en las orillas de ríos, con el riesgo de contaminar las aguas. El lodo rojo es una mezcla de químicos alcalinos altamente tóxicos, metales pesados y elementos radioactivos, que se produce durante el proceso de refinado de aluminio (la segunda de la producción de aluminio), en una proporción de 1 o 1,5 toneladas por cada tonelada de aluminio refinado⁸⁸⁵. Su gestión es muy compleja, pues debe mantenerse lejos de los cursos de agua y se debe evitar su expansión con el viento y el polvo. Según el informe del CEC (Central Empowered Committee, un cuerpo creado por el Tribunal Supremo indio para supervisar el cumplimiento con las normas de conservación forestal) recogido por la ONG, este factor había sido ignorado por el ministerio de Medio Ambiente cuando autorizó la planta en 2004⁸⁸⁶. La empresa por su parte, había ignorado las consecuencias de que la refinería se abasteciera del Río Tel, usado por cientos de personas en el distrito de Bolangir para riego y consumo⁸⁸⁷. El impacto de la refinería también se ha sentido en la agricultura, sustento de vida básico de la población. Los testimonios de habitantes describen que la refinería ocupó tierras fértiles que permitían el cultivo de vegetales de buena calidad, usado para el autoabastecimiento y la venta en el mercado local. Como resultado de la pérdida de ese terreno y del deterioro de los adyacentes, la población carece de alimentos cultivados y el precio de éstos en el mercado ha subido⁸⁸⁸.

Más allá del deterioro ambiental que la refinería en Lanjigarh ya ha causado, el proyecto de la mina de bauxita comprende numerosos efectos adversos potenciales sobre el medio ambiente, que fueron recogidos en varios informes oficiales e influyeron en la decisión del Ministerio de Medio Ambiente de no conceder la autorización forestal al proyecto⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ ACTION AID, “Vedanta cares? Busting the myths about Vedanta’s operations in Lanjigarh, India”, 2007. Disponible en http://www.actionaid.org.uk/doc_lib/vedanta_report.pdf [último acceso, 15/5/2012]. Citado en Survival International, “Vedanta Resources PLC. Complaint to the UK National Contact Point under the Specific Instance Procedure of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”. 19 December, 2008, p. 2.

⁸⁸⁵ Amnesty International, *Generalisations, omissions, assumptions. The failings of Vedanta’s Environmental Impact Assessments for its bauxite mine and alumina refinery in India’s state of Orissa*. London, 2011, ASA 20/036/2011. p. 26 y 29.

⁸⁸⁶ En septiembre de 2004, el ministro de Medio Ambiente concedió la autorización ambiental a la refinería. Para una cronología de los hechos entre 1997 y 2009, ver Amnesty International: “Don’t mine us out of existence...” op. cit. p. 11, Cuadro 4.

⁸⁸⁷ ACTION AID, “Vedanta cares? Busting the myths...” op. cit. pp. 7 y 8.

⁸⁸⁸ ACTION AID, “Vedanta cares? Busting the myths...” op. cit. pp. 10 y 11.

⁸⁸⁹ ONGs como Survival International, Action Aid o Amnistía Internacional han documentado extensamente estos

3.2.2.2. Deficiencias en las evaluaciones de impacto ambiental y en el proceso de consulta

Además de la contaminación ya producida y las amenazas que el nuevo proyecto plantea, Vedanta ha sido acusada de presentar evaluaciones de impacto ambiental con graves carencias y que no cumplen con los requisitos de tales procesos, al menos los establecidos por la legislación india. Otro informe reciente de Amnistía⁸⁹⁰ subraya las deficiencias de las EIAs realizadas por Vedanta Resources para la mina propuesta en Niyamgiri, la refinería de Lanjigarh y el proyecto de expansión de la misma. La realización de evaluaciones de impacto ambiental sobre determinados proyectos forma parte de las obligaciones internacionales del Gobierno indio. Conforme a su responsabilidad sobre las acciones de entidades privadas en su territorio, el Estado debe asegurar que los proyectos privados, sujetos a autorización oficial, cumplen con ciertos estándares de conducta. Estos incluyen la realización de EIAs y que el proceso incluya la información y consulta de las comunidades afectadas⁸⁹¹. El informe de Amnistía analiza las cinco EIAs presentadas por la compañía entre 2002 y 2008 y presenta sus conclusiones en tres ámbitos: Cuestiones técnicas (sobre la concordancia de las EIA con las exigencias ambientales del ministerio de Medio Ambiente indio), Cuestiones sobre ciertos asuntos socio-económicos (tales como el uso de la tierra, el despeje de tierras, los desplazamientos etc.) y Cuestiones de derechos humanos (describe cómo los fallos en las dos cuestiones anteriores impidieron valorar adecuadamente los impactos de los proyectos sobre los derechos humanos). Debido a su pertinencia con el tema y para no exceder el espacio, se referirá aquí a las conclusiones medioambientales.

En primer lugar, cabe recordar que el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental es, en una de sus dimensiones, una herramienta que permite la participación, informada y consentida, de la población afectada por los procesos en la toma de decisiones. En este punto se entrelazan íntimamente la protección del medio ambiente, los derechos de las poblaciones indígenas (los Dongria Kondhs, en este caso) y el derecho procesal a la participación pública en cuestiones ambientales. Un principio esencial subyacente es el de consentimiento libre, previo e informado (CLPI), reconocido en numerosos tratados internacionales de los que el Gobierno indio es parte,

efectos. En una zona azotada por las sequías, el agua, de la que dependen los Dongria Kondh para su consumo y otros usos básicos, es uno de los recursos con más riesgos, porque las corrientes se originan en la cumbre de la colina, donde se proyecta abrir la mina de cielo abierto. Asimismo, el proceso de producción de aluminio conlleva graves riesgos ambientales tales como degradación ambiental, producción de residuos tóxicos, así como contaminación y atarquinamiento (retención de sedimentos). Ver Amnistía Internacional, “Dont mine us out of existence”, op. cit. p. 21. y “Generalisations, omissions, assumptions...” op. cit. p. 26.

⁸⁹⁰ Amnesty International, *Generalisations, omissions, assumptions...* op. cit.

⁸⁹¹ *Ibid.* pp. 6-7.

como la Convención sobre la Diversidad Biológica (art. 8.j) o la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32)⁸⁹². De este modo, las EIAs realizadas por Vedanta debían permitir la participación de las comunidades en la toma de decisiones, y para ello debían presentar información relevante, completa y precisa y estar redactadas de manera que fueran accesibles y significativas para estas comunidades. Requisitos que, según Amnistía, no se cumplieron en las evaluaciones analizadas⁸⁹³.

La legislación regula el proceso de autorizaciones ambientales y procesales principalmente a través de las Notificaciones de EIA, que desde 1994 detalla los elementos que deben integrar toda solicitud de los proyectos privados. Para los proyectos clasificados en la Categoría A (en los que se integran tanto la refinería, como su expansión y la mina de bauxita de Vedanta⁸⁹⁴), las solicitudes deben incluir abundante información, tales como la localización, el objetivo del proyecto, indicadores de calidad de aire y clima, evaluación de riesgos y plan de gestión de desastres, EIA y otros más⁸⁹⁵. En virtud a la legislación india (en especial, estas dos notificaciones), Amnistía analizó las tres EIA y extrajo las siguientes conclusiones:

Localización del proyecto: Las EIAs no cumplían con el requisito de evaluar convenientemente la ubicación del proyecto y la inclusión de localizaciones alternativas. Un requisito que está recogido en la legislación india (Notificaciones sobre EIA 1994 y 2006) y que figura en instrumentos internacionales como los Objetivos y Principios del PNUMA de 1987⁸⁹⁶ o la citada Política Operacional 4.01 del Banco Mundial⁸⁹⁷. No se tuvo en cuenta los efectos acumulativos de los múltiples proyectos, incluyendo la expansión de la refinería, ni los riesgos de localizar las instalaciones junto al río Vamsadhara próximo a varios asentamientos humanos. Mientras que la localización de la refinería conlleva, como se ha explicado, numerosos riesgos para las comunidades, la evaluación de la EIA se basa exclusivamente en fundamentos económicos⁸⁹⁸.

Contaminación del aire: Respecto a la evaluación de la refinería, el informe destaca como

⁸⁹² Survival International, “Vedanta Resources PLC. Complaint to the UK National Contact Point ...” op. cit. p. 8.

⁸⁹³ Amnesty International, *Generalisations, omissions, assumptions...* op. cit. p. 8.

⁸⁹⁴ *Ibid.* p. 32.

⁸⁹⁵ *Ibid.* pp. 32-3.

⁸⁹⁶ “Objetivos y Principios sobre la Evaluación de Impacto Ambiental”, aprobados por el PNUMA en 1987. (UNEP/WG.152/4 Annex (1987).

⁸⁹⁷ Estas fueron las alegaciones que el Gobierno argentino presentó ante el TIJ en el citado caso *Papeleras del Río Uruguay*. El Tribunal no llegó a negar de plano dicha obligación pero se aferró a la noción de que el contenido preciso de las EIA no está recogido en el Derecho Internacional. Ver *TIJ. Sentencia de 20 de abril de 2010*, párraf. 207-210.

⁸⁹⁸ Amnesty International, *Generalisations, omissions, assumptions...* op. cit. pp. 8 y 46-7.

fallos principales: no adecuación y falta de argumentación de las localizaciones donde se extraen las muestras de aire, no identificación clara de las fuentes de emisión, consideración escasa de las sustancias potencialmente contaminantes y no proposición de medidas para mitigar la expansión de polvo⁸⁹⁹. En relación a la minería, el informe destaca como fallos principales de las EIAs: también no adecuación y falta de argumentación de las localizaciones donde se extraen las muestras de aire y falta de identificación de las poblaciones potencialmente afectadas en las colinas de Niyamgiri por el proyecto con la consecuente falta de elaboración de planes de prevención y mitigación de la contaminación⁹⁰⁰.

Disposición de residuos: el informe identificó un estudio insuficiente sobre las posibles consecuencias de la emisión de residuos. En relación a la refinería, se han mencionado ya el barro rojo y las cenizas, elementos tóxicos y con efectos nocivos para el ambiente y la salud. Respecto a la mina de bauxita, son de especial importancia los desechos residuales, que se estima de importante volumen (unas 700.000 toneladas por año) debido al tamaño de la mina propuesta. La gestión de los residuos es complicada y, aunque Vedanta propone crear un vertedero, no aporta detalles suficientes sobre sus características e impacto⁹⁰¹.

Consumo y contaminación del agua: Se destacan como fallos la no inclusión de mapas hidrográficos, la no consideración de las características vitales del río Vamsadhara, falta de información relativa al uso de agua por los habitantes de la zona, ausencia de información relativa a la disponibilidad de agua del río Telve y su suficiencia para abastecer la minería⁹⁰².

Además de estas cuestiones, el completo informe de Amnistía detecta la falta de evaluación de las necesidades de transporte derivadas del proyecto así como en el diseño de un Plan de Gestión Ambiental para asegurar la implementación de las decisiones adoptadas a partir de la evaluación de impacto⁹⁰³. En base a este análisis y a los realizados en torno a los componentes socio-económicos y relativos a los derechos humanos relevantes para una EIA, la organización concluye que dichas evaluaciones ambientales no cumplen con el fin que “se supone” deben cumplir: “evaluar los potenciales impactos sociales y ambientales de las operaciones de minería y refinería de la compañía”. Asimismo, si bien las EIA no están destinadas a evaluar los impactos sobre los derechos humanos de los proyectos, la corporación no emprendió ningún otro proceso de evaluación al

⁸⁹⁹ *Ibid.* pp. 49-51.

⁹⁰⁰ *Ibid.* pp. 52-3.

⁹⁰¹ *Ibid.* pp. 56-8.

⁹⁰² *Ibid.* pp. 59-62.

⁹⁰³ *Ibid.* pp. 8-10 y 63-9.

respecto, aunque se presentaran a su atención numerosos problemas derivados de su actuación⁹⁰⁴. Por ello, recomienda al gobierno de India emprender varias acciones encaminadas a mejorar la protección de los derechos sociales, humanos y ambientales de la población, reforzando los mecanismos legales que dispone para este fin⁹⁰⁵.

3.2.2.3. La decisión del ministerio de Medio Ambiente

El ministerio de Medio Ambiente debía pronunciarse en concreto sobre la Fase II del proyecto global de Vedanta, consiste en la desviación de 660.749 hectáreas de tierra forestal para la construcción de la mina de bauxita en la colina de Niyamgiri. Previamente, la corporación ya había puesto en marcha una refinería de aluminio en la localidad de Lanjigarh y quería construir la mina para abastecerse de este mineral. Con objeto de evaluar la adecuación del proyecto a la legislación nacional (en concreto, al Acta de los derechos forestales de 2006⁹⁰⁶, el Acta de Protección Ambiental de 1986 y el Acta de Conservación Forestal de 1980⁹⁰⁷) el ministerio solicitó la creación de un comité de especialistas, llamado 'Comité Saxena'⁹⁰⁸. Como el propio ministro reconoce, su decisión se basa en gran medida en las conclusiones adoptadas por dicho comité⁹⁰⁹, de modo que conviene hacer una somera relación de las mismas. El Comité consideró los costes tanto humanos como ecológicos de la construcción de la mina y valoró que supondría un impacto ambiental severo. Destacó que las operaciones mineras de la intensidad propuesta en el proyecto “perturbarían severamente el importante hábitat de vida salvaje” que integra el santuario de Niyamgiri. El proyecto acarrearía, según el informe, daños sobre la estructura física de la montaña que afectarían a su función sobre los seres humanos y los ecosistemas que de ella dependen. Asimismo, se pondría en peligro la conservación de especies animales protegidas, en torno a una de las cuales (el elefante) se ha establecido una Reserva natural⁹¹⁰. El informe incluye además que el proyecto había incurrido

⁹⁰⁴ *Ibid.* p. 93.

⁹⁰⁵ *Ibid.* p. 95-6.

⁹⁰⁶ Scheduled Tribes and Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Rights) Act, 2006. Regula los derechos de ocupación de los bosques por los pueblos indígenas y otras poblaciones tradicionales. Información en la página web del ministerio de Asuntos Tribales: <http://tribal.nic.in/index1.asp?linkid=360&langid=1> [acceso, 2/5/2012].

⁹⁰⁷ Ver página Web del ministerio de Medio Ambiente y Bosques: <http://moef.nic.in/modules/rules-and-regulations/environment-protection/> [acceso, 2/5/2012].

⁹⁰⁸ Los documentos más relevantes del proceso relacionado con los proyectos de Vedanta se encuentran en una página del ministerio de Medio Ambiente: <http://moef.nic.in/modules/others/?f=vedanta> [acceso 2/5/2012] El Comité Saxena sebe su nombre a uno de sus integrantes, Dr. Naresh Saxena, codirector de otro comité establecido de manera conjunta por los ministerios de Asuntos Tribales y Medio Ambiente.

⁹⁰⁹ Decisión del ministerio: “Decision on Grant of Forest Clearance in Kalahandi and Rayagada Districts of Orissa for the Propolsa Submitted by the Orissa Mining Corporation Ltd. (OMC) for Bauxite Mining in Lanjigarh Bauxite Mines”. Ministry of Environment and Forests, Gov of India. 24 Agosto 2010. En adelante *Decision on the bauxite mine*. Documento del Comité Saxena: *Saxena Report* (citado en nota al pie 3).

⁹¹⁰ Conclusiones del Comité Saxena reproducidas por el documento. *Decision on the bauxite mine*, pp. 3,4.

hasta la fecha en violación de diversas leyes nacionales, como el *Acta de los Derechos Forestales*, el *Acta de Conservación de los Bosques* y el *Acta de Protección Ambiental* así como en incumplimiento de las condiciones de autorización concedida a la refinería de aluminio bajo el *Acta de Protección Ambiental* (dicha autorización exigía no ocupar ningún terreno forestal, requisito que la empresa había incumplido con la connivencia de autoridades locales implicadas)⁹¹¹. En base a tales observaciones, el Comité aconsejó no autorizar la construcción de la mina so pena de vulnerar los derechos de las tribus implicadas y consentir las violaciones de la Ley indicadas⁹¹².

El ministerio tomó en consideración tales observaciones, que además fueron después confirmadas por otro comité (el Comité Consultor de los Bosques, dependiente del ministerio de Medio Ambiente y órgano supervisor del cumplimiento del *Acta de Conservación de los Bosques*), en una declaración la víspera de la decisión⁹¹³. Tomando como base toda esta información y contrastándola con sus propias averiguaciones, deduciendo por tanto que las normas indicadas fueron efectivamente vulneradas, el ministerio de Medio Ambiente decidió finalmente no autorizar la Segunda Fase del proyecto de Vedanta (presentado por OMC) ni, por tanto, la construcción de la mina de bauxita. La corporación presentó una alegación ante el Tribunal Supremo para que revocase esta decisión, que el pasado 9 de abril de 2012 aplazó su dictamen sin fijar una próxima fecha⁹¹⁴.

3.2.2.4. Alcance de la decisión

Aún queda por ver qué decisión tomará el Tribunal Supremo indio sobre la autorización del proyecto pero, por el momento, el rechazo del ministerio de Medio Ambiente muestra la existencia de una serie de compromisos políticos y de normas jurídicas que el Estado indio adscribe para fomentar la protección del medio ambiente en su territorio frente a los posibles efectos adversos de las actividades industriales. Que esta cuestión está en consonancia con el derecho internacional se observa en que, si bien la decisión del ministerio no hace referencia a las normas o estándares internacionales, sí lo hace su legislación nacional. Así, el *Acta de Protección Ambiental* (EPA) de 1986 cita en su preámbulo la *Declaración de Estocolmo* de 1972 como referencia del compromiso de “tomar las medidas necesarias para la protección y mejora del medio humano” y considera que, en la implementación de tal compromiso, se debe tomar en cuenta su relación con la “protección y

⁹¹¹ *Decision on the bauxite mine*, pp. 4-6.

⁹¹² *Decision on the bauxite mine*, p. 7.

⁹¹³ Forest Advisory Committee (FAC), declaración del 23 de agosto de 2010. En *Decision on the bauxite mine*, p. 9.

⁹¹⁴ “Se aplaza la decisión de la mina de Vedanta”, Survival International, 9 abril 2012. <http://www.survival.es/noticias/8254> [acceso, 2/5/2012].

la mejora del medio ambiente y la prevención de peligros para los seres humanos, otras criaturas vivas, las plantas y la propiedad”⁹¹⁵. Asimismo, el Capítulo III de esta norma trata sobre “Prevención, control y disminución de la contaminación ambiental” y contiene una serie de provisiones muy similares a aquellas que recogen los tratados internacionales en la materia, entre ellos los que afrontan la contaminación transfronteriza y el deber de debida diligencia⁹¹⁶.

El informe Saxena mencionado antes constata las obligaciones en materia de protección ambiental que posee el Estado indio. Recuerda que la base constitucional de la legislación medioambiental es el artículo 48A de la *Constitución* india, que establece sobre el Gobierno la obligación de proteger los bosques y el medio ambiente⁹¹⁷. Las obligaciones derivadas de este mandato constitucional incluyen, por ejemplo, el deber de supeditar los proyectos nuevos y desarrollos industriales de firmas privadas y agencias públicas a una autorización previa⁹¹⁸. Dicha autorización depende, como ocurre con la norma internacional de contaminación transfronteriza, de la realización de una evaluación de impacto ambiental (EIA) tal y como regula el citado *Acta de Protección Ambiental* y desarrollan las notificaciones de EIA de 1994 y 2006⁹¹⁹. Asimismo, otras normas regulan el control de la contaminación y la gestión de residuos (que también son requisitos para la concesión y mantenimiento de la autorización ambiental)⁹²⁰. Como el informe indica y se mencionó antes, las violaciones de estas normas por parte de la corporación Vedanta provocaron el rechazo de su propuesta de ampliar su proyecto industrial con la mina de bauxita. Se observa, por lo tanto, que la regulación del Estado indio en materia de protección ambiental incluye deberes sustantivos y procedimentales no muy diferentes a aquellos que se establecen en el marco de la norma consuetudinaria que prohíbe la contaminación transfronteriza. Es un indicio, al menos por parte de este país, de la implementación interna de un deber de debida diligencia por el que el Estado debe regular y controlar las actividades de actores privados que puedan ocasionar daños al medio ambiente. El apoyo que la causa ha recibido a nivel internacional por parte de ONGs, motivando incluso la retirada de algunos de los accionistas de la compañía⁹²¹, muestra que la práctica

⁹¹⁵ *The Environment (Protection) Act*, No. 29 OF 1986. Preámbulo. [Traducción propia].

⁹¹⁶ Por ejemplo, se imponen límites a la emisión de sustancias nocivas o contaminantes (arts 7 y 8), se regula la actuación en caso de accidentes ambientales (art. 9) y la supervisión de las actividades para determinar su cumplimiento con los estándares ambientales establecidos (arts. 10, 11).

⁹¹⁷ *Saxena Report*, p. 73.

⁹¹⁸ *Ibid.* pp. 71 y 73.

⁹¹⁹ *Ibid.* p. 73. Disponible la “Environmental Impact Assessment Notification, 2006 (14 Sept 2006), en la Web del ministerio de Medio Ambiente y Bosques, Legislación, “Autorización ambiental”. En: http://www.moef.nic.in/legis/env_clr.htm [último acceso, 3/5/2012].

⁹²⁰ *Saxena Report*, p. 78.

⁹²¹ Entre tales accionistas se encuentran Joseph Rowntree Charitable Trust, la Iglesia de Inglaterra, la gestora Martin Currie Investments. Los Gobiernos de Reino Unido y Noruega mostraron críticas a las acciones de la corporación. “Vedanta cada vez más sola: nuevos inversores retiran sus acciones por motivos éticos”. *Survival International*, 18

ejemplificada por India no es marginal, o no será en un futuro próximo.

3.2.3. El auge de mecanismos de “soft law” para proteger el medio ambiente de los efectos de las inversiones extranjeras.

3.2.3.1. Introducción.

Otro de los elementos que apuntan la tendencia normativa a proteger el medio ambiente dentro de las fronteras estatales se encuentra en la emergencia de un cuerpo normativo de *soft law* que fomenta la adopción de pautas de conducta respetuosas con el medio ambiente por parte de las empresas transnacionales. El *soft law*⁹²² supone una parte importante de la regulación internacional del medio ambiente, como explican Mariño y Zavala⁹²³ y como lo demuestra la importancia de las Declaraciones de Estocolmo y Río y de Janeiro. En concreto, el tipo de *soft law* que incorpora componentes éticos en la actividad empresarial y financiera, denominado Responsabilidad Social Corporativa (RSC)⁹²⁴, ha sido estudiado con extensión por la doctrina y representa, en el ámbito de la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, una postura del debate entre obligatoriedad y voluntarismo que aquí no procede detallar, aunque no le falta importancia⁹²⁵. En lo que respecta a la protección del medio ambiente intra-fronterizo, las iniciativas de RSC son relevantes porque, aunque los principios y pautas que contienen son aplicables por las empresas y no por los Gobiernos, su impulso por parte de los Estados refleja que éstos empiezan a preocuparse por los riesgos para el medio ambiente que entrañan las actividades industriales. A modo de breve contexto, cabe mencionar que la RSC puede encontrar su origen en el creciente escrutinio del que

de febrero de 2010. En <http://www.survival.es/noticias/5571> [último acceso, 3/5/2012]. También, Council on Ethics to the Government's Pension Fund, 15 May 2007, *Recommendations to the Norwegian Ministry of Finance*. http://www.regjeringen.no/upload/FIN/Statens%20pensjonsfond/Recommendation_Vedanta.pdf

⁹²² Gómez Isa define *soft law* como aquellos “instrumentos jurídicos cuya fuerza obligatoria es superior que la de los textos que no tienen ningún valor jurídico, aunque menor que la de los textos revestidos de fuerza jurídica obligatoria”. GÓMEZ ISA, Félix, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, p 69.

⁹²³ MARIÑO MENÉNDEZ, F; ZAVALA SALGADO, J., “La protección internacional...”. op. cit. p. 765.

⁹²⁴ La RSC se puede definir como “el intento de regular el comportamiento de las corporaciones para asegurar que éstas desarrollen sus actividades teniendo en cuenta los intereses de las partes afectadas y el potencial impacto de tales actividades sobre los aspectos sociales, políticos, económicos y de desarrollo de la sociedad”, ADEYEYE, Adefolake: “The role of Global Governance in CSR”. *Santa Clara Journal of International Law Symposium*. Santa Clara (California), 12-13 de marzo, 2010. p. 2.

⁹²⁵ El debate se centra en buscar la mejor manera de lograr la efectiva implementación de los derechos humanos y de la protección internacional del medio ambiente: una postura defiende la imposición de normas legalmente vinculantes (“obligatoriedad”) y otra, la creación de incentivos para que los actores implicados actúen por sí mismos (“voluntariedad”). A favor de la segunda, ver por ejemplo, MARTÍN ORTEGA, O. *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, op. cit. p. 92. A favor de mecanismos voluntarios, ver ÁLVAREZ, J.E. “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, op. cit. , pp. 48-9.

han sido objeto las empresas transnacionales, con especial énfasis desde mediados de los años noventa del siglo pasado⁹²⁶. En la actualidad existen numerosas ONGs (como Amigos de la Tierra, Greenpeace o Ecologistas en Acción) que investigan los efectos de las actividades de las ETN sobre el medio ambiente de los países donde operan y denuncian que las empresas se aprovechan de la regulación ambiental laxa usada por Gobiernos de países en desarrollo para atraer la inversión extranjera hacia sus Estados⁹²⁷. Frente a esta creciente presión social, muchas de las grandes empresas han incorporado hoy días estos “códigos de conducta”⁹²⁸, que también son impulsados por los Estados en el seno de organizaciones internacionales (como la OCDE o las Naciones Unidas), a través de resoluciones o decisiones. El profesor Adeyeye, uno de los autores que estudia este tema en el marco de la Gobernanza Global⁹²⁹, menciona como ejemplo de esta tendencia la adopción de la Agenda 21 durante la Conferencia de Río de Janeiro (1992), un programa de acción global que cubre todas las áreas relacionadas con el desarrollo sostenible. Su capítulo 30 llama a la industria a reducir el impacto de sus actividades sobre el uso de los recursos y el medio ambiente⁹³⁰. Los principios recogidos en este documento cristalizan en las mencionadas iniciativas de *soft law*, entre las que el autor, por ejemplo, destaca la “Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenible”⁹³¹, adoptada en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); la Iniciativa “Cuidado Responsable”, creada tras el desastre de Bhopal⁹³²; el Pacto Global de las Naciones Unidas y las

⁹²⁶ En su famoso libro *No logo*, la periodista Naomi Klein explica el surgimiento y auge de las marcas y los movimientos juveniles y sociales que sacaron los colores a corporaciones como Nike o Shell a finales de los noventa. KLEIN, Naomi, *No logo. El poder de las grandes marcas*. Barcelona: Paidós, 2001, (primera publicación en inglés original, en 2000). Como apunta de Schutter, esta situación de movilización social, en el contexto de los movimientos anti-globalización, dieron lugar a la segunda oleada de Responsabilidad Social Corporativa a finales del siglo XX. De SCHUTTER, O. “The challenge of imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, En de SCHUTTER, O.(ed.) *Transnational Corporations and Human Rights*, op. cit. p. 9.

⁹²⁷ “Junto a otros incentivos como el trabajo barato o las materias primas, una regulación ambiental laxa continúa siendo un estímulo de venta, aunque quizá implícito, en los intentos de algunos países pobres para intentar convencer a las compañías extranjeras de localizar en estos países sus plantas industriales”, MEAGHER, J. Patrick. “Environmental Protection and Industries in Developing Countries: The Case of India since Bhopal”. *Ge. Int’l Env. L. Rev.*, 1990, vol. 3. p. 7. Desde la década de 1970, el Banco Mundial ha sido objeto de críticas por impulsar inversiones con grandes costos ambientales. Ver BOWLES, Ian (et al), “The Environmental impacts of International Finance Corporation lending an proposals for reform: a case study of conservation and oil development in the Guatemalan Petén”, *Environmental Law*, 1999, Vol 29, n° 1, p. 104.

⁹²⁸ Casi todas las grandes corporaciones tienen hoy “códigos de conducta” que incorporan las tres dimensiones de la responsabilidad social corporativa: responsabilidad económica, social y medioambiental y centran su imagen corporativa en este aspecto. Por ejemplo, Nike: “FY 2010-11 Responsibility Report”, disponible en <http://www.nikeresponsibility.com/report/> [último acceso, 6/5/2012]; Shell Company: “2011 Shell sustainability Report”, disponible en http://www.shell.com/home/content/environment_society/ [último acceso, 6/5/2012].

⁹²⁹ ADEYEYE, Adefolake: “The role of Global Governance in CRS.” op. cit. ; Sobre la Gobernanza global, ver también HALLIDAY, Fred. “Gobernabilidad global: perspectivas y problemas”. *Revista Internacional de Filosofía Política*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, num. 9, 1997. pp. 23-38

⁹³⁰ Agenda 21, Cap. 30.2. En ADEYEYE, A. “The role of Global Governance in CRS”, op. Cit. p. 23.

⁹³¹ “The business charter for sustainable development”, adoptadas en 1992 como un mecanismo voluntario por el que las empresas suscriben 16 principios de conducta relacionados con el medio ambiente. Página Web de la Carta: <http://www.iccwbo.org/policy/environment/id1309/index.html> [último acceso, 6/5/2012].

⁹³² “Cuidado Responsable” (Responsible Care) es la iniciativa de la industria química a nivel ambiental, de salud y

Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales. Este apartado se centrará en describir las *Directrices de la OCDE*, el *Pacto Global* y un instrumento más, las *Normas de Desempeño* de la CFI mencionadas ya en el apartado anterior.

3.2.3.2. Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.

Introducción y relevancia de las Directrices de la OCDE:

Adoptadas en junio de 1976, las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (en adelante, las *Directrices*) han sido consideradas como el instrumento más usado a nivel mundial para definir las obligaciones de las empresas transnacionales⁹³³. Están suscritas por 43 Gobiernos (los 34 pertenecientes a la OCDE más otros nueve países⁹³⁴) que representan la mayor parte de la inversión extranjera directa mundial y acogen las sedes de las principales corporaciones transnacionales⁹³⁵. Según el propio documento, las *Directrices* son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales. Enuncian principios y normas voluntarias, adoptadas en consonancia con las normas internacionalmente aceptadas⁹³⁶. Son, por tanto, un instrumento relevante para medir la opinión de los Estados respecto a las normas o principios internacionales adecuados para la protección del medio ambiente ya que, como expone el texto, “expresan los valores comunes de los Gobiernos de los países en los que se origina una gran proporción de la inversión extranjera directa”. Asimismo, aunque están dirigidas a las corporaciones y no a los Estados, éstos adquieren el compromiso político de promover su cumplimiento, siendo “el único código de conducta empresarial integral y acordado a nivel multilateral que los Gobiernos se han comprometido a promover”⁹³⁷. El principio general número 3 expresa con claridad que “(L)os Gobiernos adheridos a las *Directrices* fomentarán que las empresas que operan en su territorio

seguridad para mejorar continuamente su actuación en estos ámbitos. Se puede acceder en http://www.icca-chem.org/ICCADocs/09_RCGC_EN_Feb2006.pdf.

⁹³³ de SCHUTTER, Olivier. “The challenge of imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, En: *Transnational Corporations and Human Rights*, op. cit. p. 4

⁹³⁴ Los nueve Estados ajenos a la OCDE son Argentina, Brasil, Colombia, Egipto, Letonia, Lituania, Marruecos, Perú y Rumanía. Ver la página de las Directrices en: http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_34889_1875736_1_1_1_1,00.html. [último acceso, 4/5/2012].

⁹³⁵ MORGERA, Elisa. “An environmental outlook to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative Advantage, Legitimacy and Outstanding questions in the lead up to the 2006 review”, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.*, 2005-2006, Vol. 18, p. 752; OECD, Directorate for financial and enterprises affairs. Roundtable for Corporate Responsibility: *Encouraging the positive contribution of business to environment through the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Background report, (2004). disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/12/31/31967866.pdf> [último acceso, 6/5/2012]. [En adelante: *OECD, Background Report, 2004*], “Introducción”, párraf 6, p. 7.

⁹³⁶ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition*, [en adelante, *OECD Guidelines*], p. 3.

⁹³⁷ *Id.* [Traducción propia]

cumplan con las *Directrices* dondequiera que operen, teniendo en consideración las circunstancias particulares de cada país de acogida”⁹³⁸. Para cumplir este compromiso, los Estados “(e)stablecerán Puntos Nacionales de Contacto que promuevan las *Directrices* y actúen como un foro de discusión sobre todos los asuntos relacionados con las *Directrices*. Los Gobiernos adheridos también participarán en la revisión apropiada y procesos de consulta para tratar asuntos acerca de la interpretación de las *Directrices* en un mundo cambiante”⁹³⁹. Esta obligación también ha sido reconocida por algunos Gobiernos, como el de Gran Bretaña, en el mencionado caso de las acciones de Vedanta Resources en el Estado de Orissa (India), donde el Punto Nacional de Contacto británico emitió un informe dando la razón a las acusaciones de la ONG Survival International⁹⁴⁰. De este modo, los principios y normas contenidas en las *Directrices* constituyen una fuente de información nada despreciable para sondear la actitud de los Estados respecto a la protección del medio ambiente en su territorio frente a los retos que plantean las actividades industriales.

Contenido y alcance de las Directrices de la OCDE sobre medio ambiente:

En general, las *Directrices* tienen el objetivo de promover contribuciones positivas de las empresas al progreso económico, ambiental y social en todo el mundo⁹⁴¹. El texto dedica el capítulo VI a la cuestión ambiental, reflejando en líneas generales los principios y los objetivos contenidos en instrumentos internacionales en la materia como la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* o el Programa 21. También tiene en cuenta la *Convención de Aarhus*⁹⁴² y refleja los estándares contenidos en tales instrumentos así como en el Estándar ISO sobre Sistemas de Gestión Ambiental⁹⁴³. No obstante, según la profesora Morgera, el “Comentario” en el que están incluidas estas referencias no fue oficialmente anexado a las *Directrices*, por lo que no debe entenderse “*formalmente* como una guía para interpretar” el texto⁹⁴⁴. Su objetivo es alentar a las empresas a mejorar sus resultados en la protección ambiental, con herramientas como la implantación y mantenimiento de un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) y de la aplicación del principio de cautela cuando sea preciso⁹⁴⁵. De este modo, algunas de las *Directrices* que se establecen para esta

⁹³⁸ *Ibid.* p. 17, “Principios Generales”, número 3. [Traducción propia]

⁹³⁹ *Ibid.* p. 18, “Principios Generales”, número 11. [Traducción propia]

⁹⁴⁰ Ver “Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Complaint from Survival International against Vedanta Resources plc”, 25 septiembre de 2009. Accesible en http://oecdwatch.org/cases/Case_165 [acceso, 4/5/2012].

⁹⁴¹ *OECD Guidelines*, p. 3.

⁹⁴² *Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998.

⁹⁴³ OECD, *El medio ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Herramientas y enfoques empresariales*. 2005, Prólogo, p. 7; *OECD Guidelines*, p. 44.

⁹⁴⁴ MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. p. 758.

⁹⁴⁵ OECD, *El medio ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE...* op. cit. p. 10.

finalidad son:

- a. Implantación y mantenimiento de SGA: esta herramienta incluye la recogida y evaluación de información relativa al impacto de las actividades corporativas sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad⁹⁴⁶. Es decir, que incorpora la EIA como una herramienta básica para una gestión ambiental razonable, considerada como una parte importante del desarrollo sostenible⁹⁴⁷. La EIA está, no obstante, incorporada como herramienta obligatoria en todos los países de la OCDE⁹⁴⁸.
- b. Relación con las comunidades afectadas por la actividad y el público, entablando procesos de información y consulta⁹⁴⁹.
- c. Aplicación del principios de precaución: “teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos de los riesgos, cuando existan amenazas de daños graves para el medio ambiente, teniendo en cuenta asimismo la salud y la seguridad de las personas”, las empresas no usarán “la falta de certeza científica plena como motivo para aplazar medidas eficientes en términos de costes para impedir o minimizar dicho daño”⁹⁵⁰. La perspectiva precautoria tiene una presencia importante en las Directrices, aplicando así a las corporaciones un principio que, como indica el “Comentario” del texto, ha sido ya incorporado a muchos instrumentos adoptados por los países, pero nunca dirigido de manera explícita a las empresas⁹⁵¹.
- d. Adopción de planes de contingencia para evitar daños ambientales en casos de accidentes⁹⁵².
- e. Incorporación de la buena gestión ambiental al proceso de producción y la cadena de suministro, mediante el uso de tecnología y procedimientos que reflejen estándares de comportamiento ambiental y otras medidas⁹⁵³.

En definitiva, las *Directrices* colocan sobre las corporaciones una serie de normas y principios que

⁹⁴⁶ *OECD Guidelines*, p. 42, cap. VI. Punto 1.a.

⁹⁴⁷ *Ibid.* p. 44.

⁹⁴⁸ MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. p. 760.

⁹⁴⁹ *OECD Guidelines*, p. 42, punto 2.a y b.

⁹⁵⁰ *Ibid.* p. 43 punto 4. Traducción extraída de OECD, *El medio ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE...* op. cit. p. 63.

⁹⁵¹ *OECD Guidelines*, p. 45, párraf. 68. También, MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. pp. 761 y ss.

⁹⁵² *OECD Guidelines*, p. 43, punto 5.

⁹⁵³ *Id.*, punto 6.

están reconocidos en el derecho internacional del medio ambiente⁹⁵⁴ para que sean aplicados dentro del territorio del Estado en el que operan con una finalidad preventiva⁹⁵⁵. De este modo, se incorporan a la prevención de la contaminación intra-fronteriza estándares de “debida diligencia” que en el capítulo anterior de esta parte del trabajo habían sido identificados en el ámbito de la contaminación transfronteriza, y que reflejan la voluntad de los Estados de controlar los posibles impactos adversos de las actividades industriales sobre el medio ambiente nacional. Está claro que no se trata de “obligaciones” vinculantes como las de origen convencional, sino más bien de recomendaciones sujetas a una flexibilidad en su modo de aplicación⁹⁵⁶, aunque algunos autores sostienen que, pese a no ser vinculantes *per se*, la implementación de las *Directrices* es obligatoria a través del sistema de Puntos Nacionales de Contacto⁹⁵⁷. Asimismo, el hecho de que hayan sido apoyadas por una parte importante de Estados y que su aplicación se extienda “sin límite territorial”⁹⁵⁸ les dota de una relevancia que no debe ser subestimada, más aún al haber sido adoptadas en el marco de la OCDE. Este organismo de cooperación regional es reconocido por la influencia de sus instrumentos de *soft law*, que los Estados suscriben con gran compromiso político hasta el punto de que algunos de los estándares más influyentes de la OCDE, como el principio de “quien contamina paga”⁹⁵⁹, no son legalmente vinculantes⁹⁶⁰. Nicola Bonucci, Director de Asuntos Legales de la organización, explica que el método de acuerdo usado, basado en el consenso, hace que una vez que un instrumento se ha adoptado se espera que los Estados miembros de la OCDE tomen “todas las medidas para implementarlo”. De este modo, se ha adoptado una práctica en la organización según la cual “si un miembro no puede implementar una recomendación o una de sus provisiones, se abstendrá de adoptarla o hará una reserva”⁹⁶¹. Estos motivos explican por qué, según Bonucci, la influencia de la OCDE como creador de estándares o de normas va más “mucho allá de su membresía limitada”, debido a un modo innovador de aproximarse a asuntos no muy tratados por

⁹⁵⁴ Como advierte Elisa Morgera, la mayor parte del capítulo refiere a estándares supra nacionales de protección del medio ambiente. MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. p. 758.

⁹⁵⁵ Los puntos de la OCDE relativos al medio ambiente están destinados a prevenir el daño ambiental, sin dirigirse al control, cumplimiento o cuestiones de responsabilidad. MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. p. 760.

⁹⁵⁶ *OECD Guidelines*, p. 46, párraf. 69.

⁹⁵⁷ BONUCCI, N. “OECD at fifty: Some observations on the evolving nature of an International Organization”, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2011, Vol. 43, p. 249. MORGERA, E. “An environmental outlook to the OECD Guidelines...” op. cit. p. 763, citando a Jan Huner, “The Multilateral Agreement on Investment and the Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, En: Kamminga, Menno T.; Zia-Zafiri, Saman, (eds), *Multinational Corporations Liability under International Law*, 2000.

⁹⁵⁸ de SCHUTTTER, Olivier. “The challenge of imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, op. cit. p. 4.

⁹⁵⁹ Surgió como una recomendación de la OCDE sobre los Principios Directrices acerca de los Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Ambientales, adoptado en 1972, OECD Doc. (1972) 128 (May 26, 1972).

⁹⁶⁰ BONUCCI, N. “OECD at fifty...” op. cit. p. 247.

⁹⁶¹ *Ibid.* p. 248.

el derecho internacional, lo que ha provocado que muchos Estados no miembros hayan querido participar en algunos de sus instrumentos, como es el caso de las *Directrices*⁹⁶². Sands también señala la relevancia de la OCDE en el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. Aunque, explica, su *Convención* constitutiva no incluye entre sus funciones la protección ambiental, la organización se ha preocupado por cuestiones medioambientales desde la década de 1970, cuando se creó el Comité de Medio Ambiente, dependiente del Consejo de la OCDE. Los dos actos principales realizados por este Consejo (tanto sus decisiones como sus recomendaciones) han “influido el desarrollo de la legislación ambiental nacional en los países miembro y a veces han provisto una base para estándares ambientales internacionales y técnicas regulatorias en otras regiones y a nivel global⁹⁶³. Aunque las Directrices están incluidas en otro tipo de actos (las ‘Declaraciones’⁹⁶⁴) sigue siendo un pronunciamiento del órgano gubernamental de la organización y está además en consonancia con otras Decisiones y Recomendaciones adoptadas en el ámbito medioambiental⁹⁶⁵.

3.2.3.5. El Pacto Mundial

Este instrumento nació como iniciativa presentada por el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan en el Foro Económico de Davos de 1999, con el objetivo de involucrar al sector económico y empresarial mundial en la promoción de los derechos humanos y del desarrollo sostenible, creando una herramienta que fomentara la creación de una “economía mundial más inclusiva y sostenible”⁹⁶⁶ y ha sido apoyado por la Asamblea General de la ONU en diversas resoluciones⁹⁶⁷. Engloba diez principios en los ámbitos de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anti corrupción⁹⁶⁸, extraídos de cuatro instrumentos internacionales principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Principios fundamentales y derechos del

⁹⁶² *Ibid.* p. 248.

⁹⁶³ SANDS, P. *Principles of...* op. cit. p. 103. También BONUCCI, N. “OECD at fifty...” op. cit. p. 248-9.

⁹⁶⁴ Las Directrices forman parte de la *Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales*, adoptada en 1976 (C(76)99/FINAL) y revisada por quinta y última vez en 2011.

⁹⁶⁵ Por ejemplo, la Recomendación sobre la Evaluación ambiental de Proyectos con Impactos sobre el medio ambiente, C(79)116; recomendación sobre la prevención integral y control de la contaminación, Cc(90)164; etc. Ver “Decisions, recommendations and other instruments of the OECD”, en <http://webnet.oecd.org/oecdacts/Instruments/ListBySubjectView.aspx> [último acceso, 12/5/2012].

⁹⁶⁶ THÉRIEN, Jean-Philippe; PULIOT, Vincent. “The Global Compact: Shifting the Politics of International Development?”, *Global Governance*, 2006, num 12, p. 55.

⁹⁶⁷ Res de la AGNU “Towards a global partnership”: A/RES/55/215, A/RES/56/76, A/RES/58/129 y ss. La última, en diciembre de 2011, renovaba y expandía la Oficina del Pacto Mundial en su resolución A/66/223. Ver UN Global Compact, About Us: http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/Government_Support.html [último acceso 9/5/2012].

⁹⁶⁸ UN, *United Nations Global Compact, Corporate Sustainability in the World Economy*, 2011 [En adelante: *Global Compact*]

trabajo de la OIT, la Convención de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Convención de la ONU contra la Corrupción⁹⁶⁹. Asimismo, el *Pacto Mundial* se erige como foro de diálogo donde convergen los actores internacionales en la búsqueda de vías para promocionar los valores adquiridos, donde participan agencias internacionales como el PNUMA⁹⁷⁰. Desde esta perspectiva, el *Pacto* ha supuesto para Thérien y Pouliot la visibilización del cambio de estrategia de la ONU en su relación con el sector empresarial, pasando de una actitud históricamente recelosa a una posición conciliadora más próxima al “paradigma de Bretton Woods”⁹⁷¹. Por su parte, el sector corporativo, encabezado por las instituciones financieras, ceden en esa asunción de principios éticos, tal y como se ha descrito con las *Directrices de la OCDE* y ahora, en el ámbito de las Naciones Unidas con el *Pacto Mundial*. Aunque el motor de esta implicación sea más los beneficios de negocio que ofrece, como dice Ruggie⁹⁷², que una verdadera aspiración moral, el *Pacto Mundial* puede reforzar, según el autor, el régimen ambiental internacional, la mejor alternativa en la búsqueda de un desarrollo sostenible⁹⁷³.

Contenido y alcance del Pacto Mundial

Los principios dedicados a medio ambiente (Principios 7, 8 y 9) pretenden hacer frente a siete retos identificados por el *Pacto* como esenciales: *a.* la pérdida de biodiversidad y un daño a largo plazo a los ecosistemas, *b.* la contaminación de la atmósfera y el cambio climático, *c.* el daño a los ecosistemas acuáticos, *d.* la degradación del suelo, *e.* el impacto del uso y vertido de químicos, *f.* la producción de residuos, y *g.* el agotamiento de recursos no renovables⁹⁷⁴. Se puede observar que estos retos coinciden con aquellos identificados en el derecho internacional del medio ambiente y a los que se han dedicado algunas de las Convenciones Internacionales de mayor relevancia, como, respectivamente, *a.* la Convención de la Biodiversidad, *b.* la Convención sobre el Cambio Climático y sobre la Contaminación Aérea Transfronteriza a Larga Distancia, *c.* La Convención sobre el

⁹⁶⁹ THÉRIEN, JP; PULIOT, V., “The Global Compact: Shifting the Politics...” op. cit. p. 56.

⁹⁷⁰ Ver página del Pacto Global dedicada al medio ambiente: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/environment.html> [último acceso, 9/5/2012]. También, RUGGIE, John Gerhard, “Trade, sustainability and Global Governance”, *Colum. J. Envtl. L.*, 2002, num 27, p. 301.

⁹⁷¹ Los autores refieren al acuerdo de “Breton Woods” del que nacieron las instituciones financieras diseñadas para favorecer la apertura del mercado y fomentar el laissez faire frente a la regulación comercial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial del Comercio (OMC, surgida como GATT), pp. 57-8.

⁹⁷² RUGGIE, J., “Trade, sustainability...” op. cit. p. 306.

⁹⁷³ *Ibid.* pp. 298-9.

⁹⁷⁴ Web del Pacto Global: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/environment.html> [acceso, 9/5/2012].

Derecho del Mar, e. el Convenio de Rotterdam⁹⁷⁵, d. la Convención para combatir la desertificación⁹⁷⁶, f. La Convención de Basilea y g. la Convención sobre los cursos de aguas internacional y lagos internacionales. Asimismo, los tres principios recogidos en el Pacto corresponden a algunas de las normas y estándares reconocidos en el DIMA: el principio de precaución (Principio 7), la promoción de la responsabilidad medioambiental (Principio 8) y el diseño y difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente (Principio 9).

Para el año 2010, se habían unido al *Pacto Mundial* unas 6000 grandes y pequeñas empresas en 135 países alrededor del mundo. Uno de los objetivos de ese año fue impulsar la participación del sector privado en la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Río +20) para fomentar soluciones en asuntos como pobreza, clima, alimento y seguridad energética y de acceso al agua potable⁹⁷⁷. Estos temas están en la agenda de la ya cercana cumbre mundial, como áreas de atención prioritarias sugeridas por los Estados, organizaciones civiles y otros participantes en la fase preparatoria del encuentro⁹⁷⁸, por lo que demuestran que se trata de problemas y cuestiones que ocupan la agenda internacional conformada por Estados y entidades privadas. Como dice Ruggie, el *Pacto Mundial* constituye un esfuerzo “pequeño y parcial” pero al mismo tiempo ilustrativo: “Además de ser un foro de aprendizaje para identificar y promover buenas prácticas en las áreas de medio ambiente [] es también un foro institucional de aprendizaje en gobernanza global. Pretende tejer principios universales dentro del mercado global y pone en conjunto a todos los actores relevantes para hacerlo: los gobiernos, que definieron los principios sobre los cuales se basa la iniciativa; las compañías, cuya práctica se quiere modelar [] y las Naciones Unidas...”⁹⁷⁹

3.2.3.4. Las Normas de Desempeño de la CFI

Como se había afirmado en el capítulo relativo a los estándares de debida diligencia⁹⁸⁰, las Normas de Desempeño adoptadas por la CFI en su programa “Nuevas exigencia en materia social y ambiental” contribuyen a evidenciar las obligaciones generales dimanadas del derecho internacional del medio ambiente, pues están basadas en los tratados internacionales y principios generales del

⁹⁷⁵ Convenio sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, adoptado en Rotterdam en 1998.

⁹⁷⁶ Convención para combatir la desertificación en aquellos países que experimentan serias sequías o desertificación, particularmente en África, 1994.

⁹⁷⁷ *United Nations Global Compact, Annual Review, 2010*. pp. 6 y 27.

⁹⁷⁸ UNCSD Secretariat, *RIO 2012 Issues Briefs, n° 6, Current Ideas on Sustainable Development Goals and Indicators*. p. 1 tablas 1 y 2.

⁹⁷⁹ RUGGIE, J., “Trade, sustainability...” op. cit. pp. 306-7. [Traducción propia] [Subrayado añadido].

⁹⁸⁰ Ver capítulo 2.3 de la Parte II de este trabajo.

DIMA⁹⁸¹. Además, como recoge Morgera citando a C.F. Lee, se puede describir a la CFI como una “institución en el cruce entre los sectores privado y público”, pues se trata de una institución del sector público encomendada a trabajar con el privado⁹⁸². En efecto, aunque es la rama de inversión privada del Grupo Banco Mundial, los 184 Estados miembros que integran la institución orientan los programas y actividades de la corporación través de la Junta de Gobernadores y la Junta de Directores, por lo que tienen un papel relevante en el diseño de políticas de la misma⁹⁸³.

Tres de las ocho normas que recoge este instrumento están enfocadas al medio ambiente: la que regula la evaluación social y ambiental y los sistema de gestión (Norma 1), la que trata la prevención y reducción de la contaminación (Norma 3) y la que recoge aspectos de biodiversidad y ordenación sostenible de los recursos naturales (Norma 6).

a. La Norma 1 sobre evaluación social y ambiental, ya presente de alguna manera en los procedimientos de la CFI desde hace años⁹⁸⁴, hace referencia a una herramienta central de la CFI, el sistema de evaluación social y ambiental (ESMS en sus siglas en inglés). Contiene entre sus elementos el establecimiento de una “política” que defina los objetivos ambientales y sociales de modo que el proyecto llegue a “lograr un desempeño social y ambientalmente responsable”. Esta política será coherente con las normas aplicables en la jurisdicción del Estado donde opere la empresa, “incluyendo aquellas que implementen obligaciones internacionales del Estado de acogida”⁹⁸⁵ y con las propias Normas de Desempeño. Siguiendo las bases de esta política se deben poner en práctica el resto de elementos del ESMS que incluye, como se dijo anteriormente, una evaluación de impacto ambiental y social, que debe tomar en consideración elementos como “la emisión de gases efecto invernadero, los riesgos relevantes asociados con el cambio climático y los efectos transfronterizos potenciales”⁹⁸⁶. De este modo, el sistema de gestión establece los procedimientos que permiten la implementación

⁹⁸¹ MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability..” op. cit. pp. 151-2.

⁹⁸² *Ibid.* p. 153, citando a Carol F. Lee, “International Finance Corporation: Financing Environmentally and Socially Sustainable Private Investment”, en SCHLEMMER-SCHLUTE, S.; TUNG, K. (eds.) *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, 2001, p. 469-470.

⁹⁸³ La Junta de Directores, especialmente, toma decisiones sobre los proyectos de inversión y proporcionan una orientación estratégica a la administración de la CFI. Ver página de la CFI: http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/about+ifc/organization/ifc_governance [último acceso, 10/5/2012].

⁹⁸⁴ La evaluación de los proyectos desde la perspectiva de sus posibles impactos ya estaba presente en la CFI a principio de la década de 1990. Ver International Finance Corp., *Environmental Analysis and Review of Projects 7* (1993), en BOWLES, Ian (et al), “The Environmental impacts...” op. cit. p. 113.

⁹⁸⁵ *IPF Performance Standards 2012*, op. cit. p. 7. [Traducción propia].

⁹⁸⁶ *Id.* [Traducción propia].

de, entre otros, los objetivos de prevención de la contaminación establecidos en la Norma 3⁹⁸⁷.

b. El principio de prevención (incorporado al derecho internacional del medio ambiente, como ya se ha demostrado), tiene especial visibilidad en la política estratégica de la CFI a través de su Norma 3 de prevención y reducción de la contaminación y uso eficiente de los recursos naturales. Queda claro en su exposición de motivos que dicha Norma parte del reconocimiento de que la alta contaminación derivada de la “creciente actividad económica y proceso de urbanización” puede poner en riesgo a las personas y el medio ambiente a nivel local, regional e internacional y que la concentración de gases efecto invernadero supone amenazas para las generaciones presentes y futuras⁹⁸⁸. En esta línea, las provisiones contenidas en esta Norma se apoyan con fuerza en las “tecnologías y prácticas difundidas a nivel internacional”, una referencia que se manifiesta con los múltiples recursos a normas y estándares internacionales presentes a lo largo del texto. De entrada, los principios y técnicas que se apliquen al proyecto con objeto de prevenir (o minimizar) la contaminación y hacer un uso eficiente de los recursos se aplicarán en consistencia con un estándar internacional: la buena práctica internacional para la industria (GIIP en sus siglas en inglés), recogida en varias fuentes internacionales, entre las cuales explicita las Directrices en Medio ambiente, Salud y Seguridad del Banco Mundial⁹⁸⁹. Este instrumento, u otros similares reconocidos a nivel internacional, establecen unos estándares en cuanto a comportamientos y medidas deseables en el proyecto que ejercen de mínimo obligado para la empresa de modo que, si las normas del Estado de acogida difieren de éstas, se aplicarán “las más estrictas” y, en caso de que la corporación considere suficiente un nivel de protección menor, deberá proporcionar una “justificación completa y detallada” de ello⁹⁹⁰. Partiendo de este punto, el documento divide la Norma en eficiencia en el uso de recursos, por una parte, y prevención de la contaminación, por otra. La primera incluye, entre otros objetivos, la minimización de emisiones de gases de efecto invernadero (y remite, para su cuantificación, a las “metodologías y buenas prácticas reconocidas internacionalmente”, en concreto, a las provistas por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático⁹⁹¹). Para Morgera, éste es uno de los elementos más interesantes de las Normas de la CFI, pues convierte el objetivo de un tratado internacional medioambiental

⁹⁸⁷ *Ibid.* p. 23 párraf. 3.

⁹⁸⁸ *Ibid.* p.22, párraf. 1.

⁹⁸⁹ *Ibid.* p. 23 párraf 4. World Bank, *Environmental, Health and Safety Guidelines*, abril, 2007.

⁹⁹⁰ *IPF Performance Standards 2012*, op. cit. p. 23 párraf 5. [Traducciones propias].

⁹⁹¹ *Ibid.* p. 24, párraf. 4 y nota al pie 9.

en un asunto directamente relevante para las compañías privadas⁹⁹². Respecto a la prevención de la contaminación, la Norma insta a evitar o minimizar la emisión de sustancias contaminantes al aire, agua o tierra, causada por operaciones rutinarias o accidentes. En cada uno de estos ámbitos remite a tratados internacionales ya mencionados por su extensa aceptación, como la *Convención sobre la Contaminación aérea transfronteriza a larga distancia*⁹⁹³, la *Convención de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos* y la de *Londres sobre vertidos*⁹⁹⁴. Refiere también al uso de sustancias químicas, para lo que remite a la *Convención sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes* y al *Protocolo de Montreal* sobre sustancias que merman la capa de ozono⁹⁹⁵.

c. El último contenido concreto relativo al medio ambiente se incluye en la Norma 6 de conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales vivos, que se basa en dos instrumentos del derecho internacional: para la conservación de la biodiversidad, se apoya de manera explícita en la *Convención sobre la Diversidad Biológica*⁹⁹⁶ y para la gestión de los recursos naturales, en el principio de desarrollo sostenible⁹⁹⁷. La Norma se aplicará durante el proceso de evaluación de riesgos sociales y ambientales de los proyectos y a través del proceso de ESMS descritos en la Norma 1. Su objetivo es identificar los posibles impactos directos e indirectos del proyecto sobre la biodiversidad y los ecosistemas con la finalidad de evitarlos o minimizarlos⁹⁹⁸. Para regular los aspectos de protección de la biodiversidad, el documento diferencia entre hábitats modificados, hábitats naturales, hábitats críticos y áreas legalmente protegidas e internacionalmente reconocidas y recurre a diferentes estándares internacionales. En el caso de los hábitats críticos, refiere a aquellos con gran valor de biodiversidad, incluyendo aquellos requeridos para la protección de especies en peligro, que define según el Listado Rojo de Especie Amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)⁹⁹⁹. En el último caso, relativo a áreas legalmente protegidas e internacionalmente reconocidas¹⁰⁰⁰, las primeras son definidas según el estándar

⁹⁹² El tratado al que refiere es la Convención Marco sobre el Cambio Climático, (art 2). MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability..” op. cit. p. 168.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 24, párraf. 10 y nota al pie 10.

⁹⁹⁴ *Ibid.* p. 25 y notas al pie 14 (que refiere a las “convenciones internacionales”) y 15.

⁹⁹⁵ *Ibid.* p. 25-5, párraf. 13 y nota al pie 16.

⁹⁹⁶ *Ibid.* p. 40, párraf. 1.

⁹⁹⁷ MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability..” op. cit. p. 171.

⁹⁹⁸ *IPF Performance Standards 2012*, p. 41, párrafs. 4 y 6.

⁹⁹⁹ Disponible en <http://www.iucn.org> [último acceso, 11/5/2012]. *IPF Performance Standards 2012*, p. 43, párraf. 16.

¹⁰⁰⁰ Hay aquí un avance respecto a las Normas de 2006, que no recogían las áreas internacionalmente reconocidas. MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability..” op. cit. pp. 171-4.

del UICN¹⁰⁰¹ y las segundas, según los sitios naturales de Patrimonio de la Humanidad de la UNESCO, Reservas del Hombre y la Biosfera, Áreas de clave Biodiversidad y humedales designados bajo la *Convención de Ramsar*¹⁰⁰². Por último, la Norma se ocupa de regular la gestión sostenible de los recursos naturales vivos, un aspecto que, de nuevo siguiendo a Morgera, puede ser interpretado como una aplicación del principio de desarrollo sostenible al sector privado, tal y como apoyan las Directrices de la OCDE y la opinión de ONGs en litigios ante cortes nacionales¹⁰⁰³. Aunque el texto no recoge normas o tratados específicos del derecho internacional, sí hace referencia a este ámbito. Así, para poner en práctica a la gestión “sostenible” de los recursos naturales, se aplicarán “prácticas de buenas gestión específicas para la industria y tecnologías disponibles”, que pueden estar codificadas en “estándares reconocidos a nivel global, regional o nacional”¹⁰⁰⁴.

Alcance de las Normas de Desempeño de la CFI

Las Normas de desempeño se tienen que interpretar en el contexto de los esfuerzos políticos del Banco Mundial por incorporar factores ambientales y sociales a su gestión, a través de las directrices y programa que adopta. Como afirman Bowles *et al*, la “CFI tiene la responsabilidad de asegurar que los proyectos [que financia] cumplen con los estándares ambientales del Banco Mundial”¹⁰⁰⁵. Estos estándares incluyen políticas operacionales como la ya mencionada 4.01 relativa a evaluación de impacto ambiental, la 4.03 de planes de acción ambiental, 4.04 relativa a la protección de los hábitats naturales, la 4.07 de gestión de recursos acuíferos o la 4.36 sobre protección de bosques¹⁰⁰⁶. De este modo, aunque la CFI funciona de manera independiente y tiene las diferencias propias de trabajar con el sector privado, puede afirmarse que al menos ha de considerarse vinculada al “espíritu e intención” de tales políticas, si bien aprobar directrices especialmente adecuadas al tipo de proyectos que financia¹⁰⁰⁷. En este sentido, el Banco Mundial se expresa “comprometido” con el desarrollo de los Objetivos del Milenio (ODM), que incluye la

¹⁰⁰¹ La UICN las define como “Espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado, mediante medios legales u otros efectivos, para lograr la conservación a largo plazo de la naturaleza con servicios ecosistémicos y valores culturales”. *IPF Performance Standards 2012*, p. 44, párraf. 20, nota al pie 16.

¹⁰⁰² *IPF Performance Standards 2012*, p. 44, párraf. 20, nota al pie 17.

¹⁰⁰³ MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability.” op. cit. pp. 175-6. Los casos a los que refiere son Flores v. S. Peru. Copper Corp., 253 F. Supp. 2nd 510 (S.D.N.Y. 2002); Sarei v. Rio Tinto PLC, 221 F. Supp. 2nd 1116 (C.D. Call 2002), en nota al pie 168.

¹⁰⁰⁴ *IPF Performance Standards 2012*, p. 46, párraf. 46-7.

¹⁰⁰⁵ BOWLES, Ian (et al), “The Environmental impacts of International Finance Corporation...” op. cit. p. 121.

¹⁰⁰⁶ Para ver estas políticas operacionales, ir a Ver “Operational Policies” en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,menuPK:4564185~pagePK:64719906~piPK:64710996~theSitePK:502184,00.html> [último acceso, 11/5/2012].

¹⁰⁰⁷ BOWLES, Ian (et al), “The Environmental impacts of International Finance Corporation...” op. cit. p. 112.

sostenibilidad ambiental (objetivo 7) y elabora, de manera conjunta con el Fondo Monetario Internacional (FMI), un informe anual que evalúa el avance hacia el cumplimiento de estos objetivos¹⁰⁰⁸. También en esta línea la Junta de Directores del BM aprobó, en julio de 2001, la Estrategia Ambiental del GBM, bajo el nombre “Adquirir compromisos sostenibles: una estrategia ambiental del Banco Mundial”¹⁰⁰⁹, un documento elaborado tras la consulta con gobiernos, sociedad civil, agencias internacionales, la academia y representantes del sector privado¹⁰¹⁰ y que parte de constatar que “el medio ambiente es claramente ahora una preocupación en la mente de las personas y está en la agenda colectiva de muchos de los países”, que han “introducido políticas ambientales, regulaciones e instituciones; implementado proyectos y programas para mejorar el medio ambiente”.¹⁰¹¹ La CFI, por su parte y además de las Normas de Desempeño ya detalladas, adoptó hace años el Marco de Sostenibilidad que incluye, además de las Normas de Desempeño ya detalladas, la “Política de la Corporación Financiera Internacional sobre Sostenibilidad Ambiental y Social” que define de manera general los medios y estrategias de la institución para asegurar que las actividades que financia redunden en un desarrollo sostenible¹⁰¹².

3.2.3.5. Conclusiones

La introducción de políticas medioambientales o del marco de la sostenibilidad en las principales instituciones financieras del mundo (FMI y BM)¹⁰¹³ supone que éstas han asumido, al menos en el plano teórico, que el desarrollo económico y el beneficio financiero no pueden seguir yendo al margen de consideraciones sociales o ambientales. Cabe precisar que esto no supone, ni mucho menos, un reconocimiento ilimitado al “buen hacer” de tales instituciones, que siempre han de estar bajo una mirada crítica respecto a sus objetivos, procedimientos y medios de actuación¹⁰¹⁴. Pero sí

¹⁰⁰⁸ El de este año está dedicado a los precios de los alimentos y la nutrición. World Bank/IMF, *Global Monitoring Report 2012*. Disponible en <http://issuu.com/world.bank.publications/docs/9780821394519/12> [último acceso, 11/5/2012]. Página web del BM sobre los ODM: <http://www.worldbank.org/mdgs/>

¹⁰⁰⁹ WORLD BANK, *Making Sustainable Commitments: An Environmental Strategy for the World Bank*, Washington, 2001. [En adelante *World Bank Environmental Strategy*]

¹⁰¹⁰ *Ibid.* p. ix.

¹⁰¹¹ *Ibid.* p. xix.

¹⁰¹² IFC, World Bank Group. “International Finance Corporation’s Policy on Environmental and Social Sustainability”. Actualizada en enero de 2012.

¹⁰¹³ Es relevante también que las cuestiones medioambientales tienen cada vez más importancia en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Ver al respecto, FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M^a, Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC. Madrid: Marcial Pons, 2008. y SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MINUAÍN, Laura, *La Organización Mundial del Comercio y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2000.

¹⁰¹⁴ Estas instituciones, junto a la Organización Mundial del Comercio (OMC) han sido criticadas por amplios sectores políticos y sociales, que las consideran el principal instrumento para imponer la ideología neoliberal en el mundo. Ver, por ejemplo, ZIEGLER, Jean. *Los nuevos amos del mundo y aquellos que se les resisten*. Gonzalo, Eduardo (traduc.) Madrid: Destino, 2003. Surgidas de la Conferencia de Bretton Woods al término de la IIGM, suponen el

se puede observar como un reflejo más, que se suma a los que se están recogiendo en este capítulo, del creciente interés de la Comunidad Internacional, y dentro de ella los Estados, por limitar la degradación ambiental que resulta de las actividades industriales. Una preocupación que lleva a los Gobiernos incluso a apoyar medidas e instrumentos que seguramente impondrán restricciones a sus inversiones extranjeras (a través de las empresas de su nacionalidad que operen en otros países). Como afirma Sands, las empresas transnacionales, al igual que otros actores no estatales, juegan un papel muy importante en la esfera internacional en diferentes aspectos, entre ellos, al participar, “de manera formal e informal, en la implementación nacional e internacional de principios y normas adoptados a nivel regional y global”¹⁰¹⁵. De esta afirmación no se puede deducir con carácter general que todas aquellas directrices internacionales creadas para ser aplicadas por las corporaciones reflejen normas ya consolidadas en el derecho internacional (hacerlo sería una falacia), pero sí se pueden extraer dos conclusiones.

1. Que el hecho de que los Estados apoyen iniciativas para incentivar a las corporaciones a seguir ciertas pautas de conducta encaminadas a limitar la degradación ambiental intrafronteriza indica, por lo menos, que los Estados tienen esa preocupación¹⁰¹⁶.

2. Que sí es observable que muchas de estas directrices, en el contenido de las pautas que establecen, hacen referencia a normas y estándares reconocidos a nivel internacional. Un ejemplo es la citada *Convención contra el Cambio Climático* referida en la Norma sobre prevención de la contaminación de la CFI, que la profesora Morgera considera relevante por convertirse un tratado internacional en un elemento relevante para un actor privado¹⁰¹⁷.

Ambas conclusiones evidencian que los Estados quieren involucrar a las corporaciones en la implementación de estándares internacionales considerados de importancia, una intención que en la actualidad se traduce en instrumentos voluntarios pero que intentó establecerse como herramienta obligatoria a principios de este siglo¹⁰¹⁸.

paradigma a favor del libre mercado y de los derechos de las grandes corporaciones. THÉRIEN, J.; POULIOT, V. op. cit. p. 57.

¹⁰¹⁵ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 112.

¹⁰¹⁶ Como decía la Estrategia Ambiental del Banco Mundial de 2001, “el medio ambiente está en la agenda política de muchos países”. *World Bank Environmental Strategy*, p. xix. Otra manifestación se encuentra en el Plan de implementación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002), que alienta a los Estados a reforzar la responsabilidad social y ambiental de las corporaciones. Ver SANDS, P. *Principles of...* op. cit. p. 116.

¹⁰¹⁷ MORGERA, E. “Significant Trends in Corporate Environmental Accountability.” op. cit. p. 168.

¹⁰¹⁸ Es el caso del borrador de las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” aprobado en 2003 por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2). Tras ser rechazado por algunos países y el sector industrial, las Normas se sustituyeron por una herramienta mucho más flexible y voluntaria, los “Principios Rectores sobre Empresas y

3.3. Un instrumento para la prevención de la contaminación: la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental dentro de los Estados.

3.3.1. Introducción

La obligación de realizar una EIA en actividades con posibles efectos sobre el medio ambiente dentro de los propios Estados tiene, en el ámbito internacional, una importancia destacada. De hecho, la norma está tan incorporada en los ordenamientos jurídicos internos como medida para prevenir la contaminación dentro del territorio propio, que se podría comenzar a hablar de la existencia de una práctica estatal que apoyase la creación de una norma consuetudinaria en este sentido. Es evidente que dicha tendencia está lejos de alcanzar el estatus de la norma ya consolidada de realizar una EIA cuando la contaminación pueda afectar a otros Estados o a recursos compartidos. Lo que aquí se defiende es que hay indicios de una práctica estatal que podría dar pie a la formación de una norma consuetudinaria en el futuro. Sands afirma que, desde que se estableció por primera vez en EEUU bajo el *Acta de Protección Ambiental* de 1972¹⁰¹⁹, las EIAs han sido adoptadas progresivamente por un gran número de ordenamientos internos y que también aparecen en numerosas convenciones internacionales, así como en los requisitos de varias instituciones financieras internacionales y en instrumentos no vinculantes adoptados a nivel regional y global¹⁰²⁰. Más asertiva, la profesora Atapattu afirma que la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental en el desarrollo de actividades con impacto nacional “es uno de los principios más establecidos del derecho ambiental”¹⁰²¹.

Esta progresiva aceptación general de la EIA señalada por los autores viene impulsada por su propia naturaleza, ya que la EIA es considerada como una herramienta esencial para la implantación del concepto de desarrollo sostenible a través del llamado 'principio de integración'. Esta noción no significa otra cosa que la inclusión de factores de protección ambiental en el diseño e implementación de proyectos y programas encaminados al desarrollo económico. Como expresó

Derechos Humanos”, elaborados por el Relator Especial John Ruggie. Ver “Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework”, presentado en informe el 21 de marzo de 2011 (A/HRC/17/31) y suscrito por el Consejo de Derechos Humanos en su 17ª Sesión, el 6 de julio de 2011 (A/HRC/Res/17/4). También, De SCHUTTER, O. *Transnational Corporations and Human Rights*. op. cit. p. 10.

¹⁰¹⁹ La mayoría de autores menciona como primer ejemplo el *National Environmental Policy Act* promulgada en EEUU en 1969. Ver por ejemplo: BIRNIE P.; BOYLE. A., op. cit. p. 131; ATAPATTU, Sumudu A., *International Law and Development*.. op. cit. p. 289.

¹⁰²⁰ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 800.

¹⁰²¹ ATAPATTU, S. op. cit. p. 289.

hace décadas el Consejo de Gobierno del PNUMA cuando adoptó los “Objetivos y Principios sobre Evaluación de Impacto Ambiental” de este organismo, en 1987: “la evaluación de impacto ambiental es un medio valioso para promover la integración de las cuestiones ambientales y relacionadas con recursos naturales en la planificación e implementación de los programas y que por tanto ayuda a evitar posibles impactos adversos”. Dicha integración, asevera el texto, “es indispensable en un proceso de desarrollo sostenible”¹⁰²². Atapattu se muestra en esta misma línea¹⁰²³, al igual que Sands, que considera que las evaluaciones de impacto ambiental son ahora una técnica legal establecida a nivel nacional e internacional” para lograr esta integración¹⁰²⁴. No es casualidad que los primeros textos internacionales que recogían, de manera más o menos explícita, el concepto de evaluación de impacto ambiental fueran creados en la época en que emergía la noción de desarrollo sostenible, en los años ochenta del siglo pasado.¹⁰²⁵ Aunque sus elementos subyacentes ya aparecían en la Declaración de Estocolmo¹⁰²⁶ y la razón de este hecho puede encontrarse en que la EIA tenga su fundamento, como afirma Atapattu, en el principio de prevención (que, como se explicó en el capítulo primero de esta parte, se hizo visible en la Cumbre de 1972¹⁰²⁷). Según la autora, con objeto de prevenir la degradación ambiental se hace necesario comprender las consecuencias ambientales de un proyecto dado tan pronto como sea posible¹⁰²⁸, finalidad para la que está diseñado el proceso de evaluación de impacto ambiental.

Si se va hablar de posible emergencia de norma consuetudinaria, conviene recordar las fuentes que informan del primero de sus elementos, la práctica estatal. Según recoge Sands, éstas son principalmente: la ratificación de tratados, participación en negociaciones de convenios y otros encuentros internacionales, legislación nacional, decisiones de cortes nacionales, actos de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otras OOII, afirmaciones realizadas por ministros y otros representantes gubernamentales, notas diplomáticas formales y otras¹⁰²⁹. En base a esta clasificación, en este apartado se recogen algunos de estos tipos de fuentes y los ejemplos que apuntan la mencionada tendencia a la práctica estatal.

¹⁰²² Consejo de Gobierno del PNUMA 14/25 Environmental Impact Assessment, documento de su 14ª sesión, 17 de junio de 1987, párrafs 4 y 5. [Traducción propia]. En el encuentro se aprobaron los Goleos y Principios del PNUMA: UNEP, *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment*, 1987.

¹⁰²³ ATAPATTU, S. op. cit. p. 289.

¹⁰²⁴ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. pp. 799-800. [Traducción propia].

¹⁰²⁵ Vid infra.

¹⁰²⁶ Principios 14 y 15, vid infra.

¹⁰²⁷ Vid supra, Cap 1 de la Parte II.

¹⁰²⁸ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 289-290.

¹⁰²⁹ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 144.

3.3.2. Instrumentos internacionales no vinculantes.

Desde la Conferencia sobre el Medio Humano, numerosos instrumentos internacionales de *soft law* han hecho referencia o han incluido el concepto de evaluación de impacto ambiental. De entrada, como se adelantó arriba, la misma *Declaración de Estocolmo*, aunque no hiciera mención explícita este proceso, sí contiene los elementos que, tomados de manera conjunta, fundamentan la existencia de una EIA: el principio de integración (Principio 13) y la necesidad de una planificación racional (Principios 14 y 15)¹⁰³⁰. Este instrumento podría contener los fundamentos de los tipos de EIAs (la de carácter intra-fronterizo o nacional y la de carácter transfronterizo). El fundamento de la segunda surgiría de interpretar los principios 13-15 mencionados a la luz del Principio 21 que establece el deber de debida diligencia y la prohibición de producir daños ambientales transfronterizos serios. De este modo, para cumplir esta obligación se hace necesario evaluar previamente los potenciales impactos de las actividades (esto es, la EIA). Por otro lado, la EIA intrafronteriza surgiría entendiendo los artículos 13-15 en consideración con el principio de prevención que también subyace a la Declaración¹⁰³¹. La falta de una referencia explícita a la EIA en el documento de 1972 no sorprende, pues en esta época aún no estaba considerada como una herramienta esencial para la planificación racional¹⁰³², aunque, según Sands, el borrador de la Declaración contenía un principio (el número 20) que habría sentado las bases para una EIA claramente reconocida. Este principio fue, en opinión del autor, rechazado por los países en desarrollo, y fue rescatado parcialmente en la Resolución AG 2995 (XXVII) de 1972 y en los Principios de Conducta del PNUMA de 1978, ambos centrados en la vertiente transfronteriza¹⁰³³.

Una década después se produjo la primera inclusión expresa de la EIA en un instrumento universal. La *Carta Mundial de la Naturaleza*¹⁰³⁴ recoge el principio de integración en su Principio 7 y la evaluación de impacto ambiental en el Principio 11. Este último insta a los Estados a controlar “las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza” y a utilizar “las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales”. En concreto, en su punto c) establece: “Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza;

¹⁰³⁰ *Ibid.* p. 801 y ATAPATTU, S. op. cit. pp. 298-9.

¹⁰³¹ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 298-9. Según Lázaro, el principio de prevención está reflejado en los siete primeros principios de la Declaración. LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 153.

¹⁰³² ATAPATTU, S. op. cit. pp. 290.

¹⁰³³ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 801.

¹⁰³⁴ *Ibid.* p. 802; ATAPATTU, S. op. cit. p. 301.

en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”.

Aunque no se trata de un texto vinculante, tiene el peso de haber sido aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰³⁵. La profesora Ana Manero afirma que las resoluciones de la AGNU “pueden ser consideradas como un valioso elemento de prueba de la existencia de una norma consuetudinaria, o en formación, en la medida en que los Estados expresan su voluntad y en función de la concreción de su contenido y de su forma de aprobación”¹⁰³⁶, aunque puntualiza que hay que estudiar caso por caso. En el caso de la Carta, fue aprobada con 111 votos a favor, 18 abstenciones y el voto en contra de Estados Unidos¹⁰³⁷. Aunque la falta de consenso y la postura en contra de una potencia como Estados Unidos merma la fuerza del documento, sigue siendo una referencia importante. En opinión de Atapattu, se trata de un texto “visionario que establece las bases para muchos otros principios y herramientas” asimilados hoy día¹⁰³⁸. No en vano en los años siguientes se dieron otros pasos relevantes en el ámbito de la protección ambiental y de su relación con el proceso de EIA. En 1986, el Grupo Legal de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo emitió el informe “Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: Principios Jurídicos y Recomendaciones (XI-XIII)”¹⁰³⁹, donde identificó la evaluación de impacto ambiental como un “principio emergente de derecho internacional”¹⁰⁴⁰. Un año después, el PNUMA hizo público el texto “*Principios y objetivos de la Evaluación de Impacto Ambiental*”¹⁰⁴¹, en cuyo principio 1 establecía que: “Los Estados (incluyendo sus autoridades competentes) no deberían realizar o autorizar actividades sin la consideración previa, en una fase temprana, de sus efectos ambientales. Cuando la extensión, naturaleza o ubicación de una actividad propuesta es tal que es probable que afecte significativamente al medio ambiente, se debe realizar una evaluación de impacto ambiental comprehensiva de acuerdo con los siguientes principios”¹⁰⁴². Los objetivos de este documento son: i. asegurar de que antes de que la autoridad competente tome la decisión respecto a realizar o autorizar actividades que puedan afectar de manera significativa el medio ambiente, se tomen

¹⁰³⁵ A/Res/37/7 de 28 de octubre de 1982.

¹⁰³⁶ MANERO SALVADOR, Ana. “Cuestiones jurídicas sobre el derecho al desarrollo como derecho humano”, *Derechos y libertades*, 2006, núm 15, Vol II, pp 265-6.

¹⁰³⁷ Resolutions adopted by the General Assembly at its 37th Session. Disponible en <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r37.htm> [último acceso, 18/5/2012].

¹⁰³⁸ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 301.

¹⁰³⁹ Legal Experts Groups on Environmental Law of World Commission on Environment and Development. *Legal Principles of environmental protection and sustainable development*. Ginebra: WCED, 1986.

¹⁰⁴⁰ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 802.

¹⁰⁴¹ UNEP *Goals and Principles*.

¹⁰⁴² UNEP *Goals and Principles*, Principio 1. [Traducción propia]

plenamente en cuenta tales efectos ambientales; ii, promover la implementación de procedimientos apropiados en todos los países consistentes con el derecho nacional y iii. desarrollar procedimientos recíprocos para el intercambio de información y consulta cuando las actividades propuestas pueden tener efectos transfronterizos significativos.¹⁰⁴³ Queda claro por la redacción del documento que abarca evaluaciones de impacto ambiental tanto de efectos a nivel nacional como transfronterizos. El objetivo iii. citado especifica las obligaciones adicionales que emergen cuando se trata del segundo caso (y que equivalen a los deberes que integran la debida diligencia, ya descritos). Del mismo modo se suceden los 13 Principios que abarca el texto, que dedica dos de ellos (el 11 y 12) a desarrollar el objetivo iii, determinando que, en estos casos, los Estados concluirán acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, sobre la base de reciprocidad, para facilitar el intercambio de información, consulta y notificación.

A pesar de no ser jurídicamente vinculantes, los Principios del PNUMA reciben un serio crédito por parte de la doctrina. Birnie y Boyle los consideran como una de las escasas referencias de *opinio iuris* a favor de una norma internacional consuetudinaria de realizar una EIA sobre posibles efectos a nivel nacional¹⁰⁴⁴. En la misma línea, Sands considera que estos Principios “reflejan un conjunto de estándares mínimos que han sido extensamente aprobados y están reflejados en la práctica estatal, a nivel nacional y en instrumentos internacionales vinculantes”¹⁰⁴⁵. Por su parte, Atapattu, considera que estos principios son “ahora parte del derecho internacional consuetudinario”. Por ejemplo, menciona que los principios de acceso a la información y la participación pública son componentes importantes del proceso de EIA (además de ser parte del derecho internacional de los derechos humanos). Por lo tanto, concluye, “aunque de naturaleza no vinculante, las directrices de la UNEP son importantes en tanto que han ayudado a dar forma al derecho en esta área”¹⁰⁴⁶.

Para el vigésimo aniversario de la *Declaración de Estocolmo*, con la celebración de la *Cumbre de Medio Ambiente y Desarrollo*, el uso de la EIA como una herramienta para la toma de decisiones a nivel nacional estaba extendida. El hito lo supuso la *Declaración de Río de Janeiro* que, según Atapattu, fue el primer instrumento universal, adoptado por consenso, que incorporó de manera explícita provisiones relativas a la EIA¹⁰⁴⁷. Dicha incorporación se recoge en su Principio 17, que ha sido objeto extenso de análisis y que afirma que:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento

¹⁰⁴³ *Ibid.* Objetivos núm 1-3. Citado también en ATAPATTU, S. op. cit. p. 326.

¹⁰⁴⁴ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 132

¹⁰⁴⁵ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 802.

¹⁰⁴⁶ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 327.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.* pp. 301.

nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Gran parte de la doctrina reconoce que este principio puede interpretarse como que refiere no sólo a actividades con efectos transfronterizos, sino también a aquellas de impacto nacional¹⁰⁴⁸. Atapattu presta especial atención a la expresión “en calidad de instrumento nacional”, que enfatiza la idea de que el texto refiere a actividades de efecto intra-fronterizo, puesto que además, a este nivel, la EIA es una herramienta a mano de las autoridades nacionales¹⁰⁴⁹. De este modo, lo que la Declaración parece estar haciendo es instar o impulsar a los Estados a desarrollar este tipo de mecanismos de prevención ambiental y esto lo que podría hacer pensar, como lo hacen Birnie y Boyle, que el Principio 17 de Río presenta una *opinio iuris* a favor de una norma de EIA intra-fronteriza¹⁰⁵⁰.

Junto a la Declaración de Río se aprobó el programa de acción *Agenda 21*, que también contiene múltiples referencias al principio y mecanismo de evaluación de impacto ambiental¹⁰⁵¹. De hecho, todo el Capítulo 8 del documento está dedicado a la integración del medio ambiente y el desarrollo en la toma de decisiones¹⁰⁵². El texto llama a los Estados, entre otras cosas, a adoptar procedimientos analíticos comprehensivos para la evaluación previa y simultánea de los impactos de las decisiones, incluyendo el impacto entre y dentro de las esferas sociales, económicas y ambientales¹⁰⁵³. Aunque el documento parece estar referido a la Evaluación Estratégica Ambiental (EAE), dirigida a programas y políticas públicas¹⁰⁵⁴, es significativo que se subraye la necesidad de integrar la protección del medio ambiente en la toma de decisiones y que se establezca la relación de este procedimiento y el objetivo de desarrollo sostenible¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁸ Por ejemplo, BIRNIE P.; BOYLE. A., op. cit. p. 131; BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. op. cit. p. 435. Sands afirma que el lenguaje del Principio 17 es consistente con la visión de que las evaluaciones de impacto ambiental son actualmente exigidas por el derecho internacional general, “particularmente respecto a las actividades ambientalmente dañinas que puedan tener consecuencias transfronterizas”. El autor enfatiza el carácter normativo del caso transfronterizo, pero no rechaza la creciente aceptación de la norma para casos intra-fronterizos. SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 800.

¹⁰⁴⁹ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 301.

¹⁰⁵⁰ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 132

¹⁰⁵¹ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 802. cita los párrafos 7.41(b) y 8.4) y 8.5 (b) y 10.8 (b) y los programas específicos relativos a deforestación, protección de la atmósfera y uso energético, ecosistemas montañoso frágiles, conservación de la diversidad biológica, gestión de la biotecnología, protección de océanos y mares, protección de recursos de agua dulce, gestión de químicos tóxicos, desechos sólidos y aguas residuales, y desechos radioactivos.

¹⁰⁵² *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. UN Doc. A/CONF.151/26 Rev. 1 (vol. I). Anex II: Agenda 21. Cap. 8, párrafs. 8.1-8.54. Ver también ATAPATTU, S. op. cit. pp. 303.

¹⁰⁵³ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 303.

¹⁰⁵⁴ Ver, para una diferencia entre ambas, por ejemplo: *Directiva 85/337/CE* sobre evaluación de impacto ambiental (EIA), vs *Directiva 2001/42/CE* sobre evaluación estratégica ambiental (EAE).

¹⁰⁵⁵ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 303.

Para concluir con los instrumentos no vinculantes que incluyen normas de EIA, cabe mencionar el caso de las *directrices de las instituciones financieras internacionales*. A lo largo de este capítulo se están haciendo varias referencias a las normas y directrices que ponen de manifiesto que existe una tendencia a incorporar los elementos del derecho internacional de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente en los mecanismos de inversión internacional. En la tercera parte de este capítulo, dedicada a la relevancia de los instrumentos de *soft law*, se entrará con más detalle en un análisis de los diferentes instrumentos, pero ahora es pertinente adelantar los aspectos que contienen referencias a la EIA. De entrada, anteriormente se ha hecho referencia a la Política Operacional 4.01 del Banco Mundial, a través de la cual este organismo requiere a los proyectos que buscan financiación la presentación de una evaluación ambiental para asegurarse de que son amigables con el medio ambiente y sostenibles, mejorando por lo tanto la toma de decisiones¹⁰⁵⁶. Este instrumento muestra una influencia del principio preventivo, al tener preferencia por medidas de anticipación y prevención sobre aquellas de mitigación o compensación.¹⁰⁵⁷ Es además una herramienta de gran importancia¹⁰⁵⁸ en lo que respecta a la regulación de las actividades económicas e industriales desarrolladas en el marco de la globalización, pues supone que las empresas o los inversores deben considerar los efectos de sus actividades sobre el medio ambiente del entorno en el que operan (aunque no sea su país de origen y con independencia del marco legal que rija). Así, los aspectos que toma en cuenta dicha evaluación son tanto transfronterizos como intra-fronterizos y globales: el ambiente natural (agua, aire y suelo), la salud y seguridad humana, los aspectos sociales (relacionados con los derechos humanos y de los pueblos indígenas), y los aspectos ambientales globales y transfronterizos¹⁰⁵⁹. La aptitud de la aplicación de la OP 4.01 por parte de los inversores es desigual. Para julio de 2001, 13 de las 23 solicitudes presentadas ante el Panel de Inspección del Banco Mundial se consideraron evaluaciones ambientales inadecuadas. En algunos casos, el Panel no encontró violaciones, pero en otros, las violaciones identificadas condujeron o contribuyeron a la decisión de retirar la financiación o a otras acciones de remedio propuestas¹⁰⁶⁰.

Dentro del Grupo del Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional (C.F.I) se encarga de

¹⁰⁵⁶ SANDS, P. *Principles of...* op. cit. p. 821. Cita la “OP, Anexos, Definiciones”. Para el origen de la OP. 4.01, vid *supra*, Cap.1.

¹⁰⁵⁷ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 329 y SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 822.

¹⁰⁵⁸ Ver en general, por ejemplo, KLEIN-CHESIVOIR, Carole. “Avoiding Environmental Injury: the case for widespread use of Environmental Impact Assessments in International Development Projects”, *Virginia Journal of International Law*. 1999, núm 30, pp. 517-552.

¹⁰⁵⁹ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 329-330. Ver también Environmental Policy O.P, párraf. 3. Disponible en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/ENVIRONMENT/EXTENVASS/0,,contentMDK:20482643~menuPK:1182608~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:407988,00.html> [último acceso 18/5/2012]

¹⁰⁶⁰ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 822.

hacer préstamos a inversores privados con el objetivo de fomentar el crecimiento de los países en vías de desarrollo¹⁰⁶¹. En 2006, la institución adoptó su primer “Marco de Sostenibilidad”, encaminado a impulsar un desarrollo sostenible a través de la gestión y evaluación de los proyectos que financia. Un elemento de este programa son las “Normas de Desempeño”¹⁰⁶², que establecen las obligaciones que deben cumplir los inversores que se acogen a la financiación de la entidad. De hecho, el concepto de evaluación y gestión ambiental está presente en la CFI desde hace algunos años¹⁰⁶³. Aunque se hablará de este documento con detalle en el próximo apartado, cabe mencionar aquí que la Norma 1 está dedicada a la evaluación social y ambiental y a los sistema de gestión, regulando el funcionamiento de una herramienta central de la CFI, el sistema de evaluación social y ambiental (ESMS en sus siglas en inglés). Entre los elementos que debe considerar la evaluación ambiental, se incluyen “la emisión de gases efecto invernadero, los riesgos relevantes asociados con el cambio climático y los efectos transfronterizos potenciales”¹⁰⁶⁴. Como destaca Atapattu, la CFI también favorece las medidas preventivas sobre las compensatorias. Asimismo, considera los elementos sociales y naturales de una manera integrada¹⁰⁶⁵, lo cual es sintomático de la influencia de la noción de desarrollo sostenible.

Siguiendo la estela de los mecanismos de control de las instituciones del Grupo Banco Mundial, algunas entidades bancarias han comenzado a adoptar sus propios códigos de conducta en materia de evaluación ambiental. En 2003, diez bancos líderes de siete países adoptaron los “Principios de Ecuador”, un conjunto de directrices voluntarias inspiradas en las del Banco Mundial y la CFI¹⁰⁶⁶. La iniciativa se define como “un punto de referencia para determinar, evaluar y controlar el riesgo social y ambiental en la financiación de proyectos”¹⁰⁶⁷. Contiene 10 Principios entre los que contempla la evaluación social y ambiental (Principio 2). Dicha evaluación debe incluir el uso razonable de los recursos naturales, la protección de la salud humana, el patrimonio cultural y la biodiversidad, los principales peligros derivados de la actividad, sus impactos sociales y ambientales, los impactos sobre las comunidades indígenas, entre otros elemento^{s1068}. Para el año

¹⁰⁶¹ Ver International Finance Corporation, “Vision, values and purpose”. En <http://www1.ifc.org>

¹⁰⁶² La última versión de este documento se adoptó en enero de 2012. *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*. En adelante [*IFC Performance Standards*]

¹⁰⁶³ La evaluación de los proyectos desde la perspectiva de sus posibles impactos ya estaba presente en la CFI a principio de la década de 1990. Ver International Finance Corp., *Environmental Analysis and Review of Projects 7* (1993), en BOWLES, Ian (et al), “The Environmental impacts...” op. cit. p. 113.

¹⁰⁶⁴ *IPF Performance Standards 2012*, op. cit. p. 7. [Traducción propia].

¹⁰⁶⁵ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 331.

¹⁰⁶⁶ Página web de la iniciativa: <http://www.equator-principles.com/>

¹⁰⁶⁷ *The Equator Principles*, June 2010. Disponible en http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles.pdf [último acceso, 18/5/2012].

¹⁰⁶⁸ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 333.

2006, habían adoptado los Principios de Ecuador 40 bancos, que representaban el 80 por ciento de los fondos de financiación de proyectos de todo el mundo¹⁰⁶⁹. No obstante, estas iniciativas han de tomarse con cautela y, en este caso, las normas de confidencialidad que rodean las informaciones del sector bancario y financiero, entre otras cuestiones, han motivado que las ONGs hayan denunciado la falta de transparencia que envuelve la aplicación de esta iniciativa¹⁰⁷⁰.

3.3.3. Instrumentos internacionales vinculantes.

Otra de las fuentes que indican una práctica estatal son los instrumentos vinculantes del derecho internacional, como tratados internacionales y otros mecanismos convencionales. Sands menciona de manera especial la Directiva Europea 85/337/CE sobre evaluación ambiental que, a pesar de no ser un tratado internacional sino una norma regional, considera que mostró el camino al proveer directrices internacionales sobre la naturaleza y extensión de una evaluación de impacto ambiental¹⁰⁷¹. Podría decirse que esta directiva importa la obligación de realizar una EIA (integrada en la debida diligencia) al marco intra-fronterizo. El art. 2(1) recoge que: “Los Estados miembro adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos” (según la modificación por la Directiva 97/11/CE). La configuración de la norma es también paralela al de su homóloga en el ámbito transfronterizo: su función es supeditar la autorización administrativa de actividades con posibles impactos ambientales a la realización de una EIA. El procedimiento deberá determinar los efectos directos e indirectos de los proyectos en los siguientes elementos: el ser humano, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el clima, el paisaje, los bienes materiales y el patrimonio cultural, así como la interacción entre estos elementos¹⁰⁷².

Las diferencias en la interpretación de esta Directiva ha dado lugar a muchas diferencias entre individuos y sus Gobiernos, siendo considerada una de las Directivas que más quejas ha suscitado¹⁰⁷³. Un caso relativamente reciente es la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) emitida el 3 de julio de 2008, en el caso *Comunidades Europeas c. Irlanda* (asunto: incumplimiento de Directiva en materia de EIA). En el fallo, el Tribunal determinó que Irlanda había incumplido las

¹⁰⁶⁹ *A New Environment*, en Legal Week, 2 de febrero de 2006, citado por ATAPATTU, S. op. cit. pp. 333, nota 190.

¹⁰⁷⁰ *A New Environment*, en Legal Week, 2 de febrero de 2006, citado por ATAPATTU, S. op. cit. pp. 333, nota 191.

¹⁰⁷¹ SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 803.

¹⁰⁷² Artículo 3 de la Directiva 85/337/CE según modificada por la Directiva 97/11/CE.

¹⁰⁷³ SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 810.

obligaciones impuestas en virtud de los artículos 2, 4 y 5 a 10, de la Directiva 85/337/CEE, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar por un lado, que los proyectos comprendidos en el alcance de aplicación de la Directiva fueran, antes de su ejecución parcial o total, objeto de examen para determinar si procede llevar a cabo una EIA y, cuando sea necesario, que fueran sometidos a dicho procedimiento. Por otro lado, que la concesión de las autorizaciones relativas a la construcción de un parque eólico y a las actividades relacionadas en Derrybrien, condado de Galway, así como la ejecución de los trabajos, fueran precedidos de una evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337¹⁰⁷⁴.

La evaluación de impacto también aparece¹⁰⁷⁵ en el *Acuerdo ASEAN para la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, de (1985)*, en concreto en su artículo 14.1, que establece que: “Las partes contratantes se comprometen a que las propuestas para cualquier actividad que pueda afectar de manera seria el ambiente natural deberán, en la medida en que sea posible, estar sujetas a una evaluación de sus consecuencias antes de ser adoptadas, y tomarán en consideración los resultados de sus evaluaciones en el proceso de toma de decisiones”¹⁰⁷⁶. Hay que precisar que, aunque este convenio se puso como ejemplo para argumentar la existencia de una norma de EIA transfronteriza¹⁰⁷⁷, lo cierto es que dicho artículo hace referencia a los posibles daños “al ambiente natural” (*natural environment*) por lo que no se tiene que entender exclusivamente como daños de carácter transfronteriza. Del art. 1 ('Principio Fundamental') se puede extraer qué se entiende por “ambiente natural”: procesos ecológicos esenciales y sistemas que sostienen la vida, diversidad genética y recursos naturales. Además, el artículo 10 (“Degradación ambiental”, dentro del Cap. III sobre Conservación de los procesos ecológicos), entiende que reducir y controlar la degradación del ambiente natural es el medio para mantener el “buen funcionamiento de los procesos ecológicos”, de lo cual se puede entender que el tratado se ocupa de la naturaleza como bien a proteger en sí mismo y no necesaria ni exclusivamente por sus efectos sobre los derechos de otros Estados.

Otro documento para ilustrar la tendencia emergente hacia la adopción de EIA intra-fronteriza es la *Convención de Ramsar sobre los Humedales de Importancia Internacional*¹⁰⁷⁸. Sands explica que, aunque el texto original no incluyó provisiones específicas sobre EIA, las partes adoptaron un par

¹⁰⁷⁴ Asunto C-215/06. Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. Sentencia de 3 de julio 2008, párraf. 113.

¹⁰⁷⁵ Citado, por ejemplo, en SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 804.

¹⁰⁷⁶ Acuerdo ASEAN sobre la Conservación del a Naturaleza, art. 14.1 [Traducción propia]. Extraído de <http://www.aseansec.org/1490.htm>

¹⁰⁷⁷ Ver *supra*, Cap. 2.

¹⁰⁷⁸ *Convención Relativa a los Humedales*, 1971.

de décadas después unas directrices al respecto. La Recomendación 6.2 sobre EIA (1996) solicitó a las partes y a las organizaciones internacionales y nacionales elaborar y asumir directrices sobre EIA. La Resolución VII.16 sobre Evaluación de impacto (1999)¹⁰⁷⁹ llamó a las partes a “reforzar sus esfuerzos para asegurar que cualquier proyecto, plan, programa y política con el potencial de alterar el carácter ecológico de los humedales en la Lista Ramsar, o impactar en otros humedales dentro de sus territorios, sean sometidos a procesos rigurosos de estudios de impacto y a formalizar tales procedimientos mediante los arreglos necesarios en cuanto a políticas, legislación, instituciones y organizaciones”¹⁰⁸⁰.

Aunque con carácter regional pero de gran importancia, la *Convención de Noumea para la Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente en el Pacífico Sur* (1986) también incorpora el deber de realizar una evaluación ambiental. Su artículo 16 requiere a cada parte a evaluar, dentro de sus capacidades, “los efectos potenciales de [los grandes proyectos que puedan afectar el medio marino] de manera que se puedan tomar medidas apropiadas para prevenir cualquier contaminación sustancial o daño severo dentro del Área de la Convención”¹⁰⁸¹. El impacto de este tratado será analizado en breve, pues sirvió como una de las bases por las que Nueva Zelanda inició una demanda contra Francia ante el Tribunal Internacional de Justicia por unas pruebas nucleares en el Pacífico¹⁰⁸².

Por último, entre los tratados internacionales que incorporan una obligación de evaluación de impacto ambiental (no transfronteriza), destaca el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*¹⁰⁸³. En su artículo 7.c. recoge que cada parte “identificará los procesos y categorías de actividades que tengan, o sea probable que tengan, efectos perjudiciales importantes en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y procederá, mediante muestreo y otras técnicas, al seguimiento de esos efectos”.

Por su parte, el art. 14.1.a. afirma:

“Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes

¹⁰⁷⁹ Resolución VII.16: La Convención Ramsar y la Evaluación de impacto- estratégico, ambiental y social. 7ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes, San José, Costa Rica, 10-18 de mayo de 1999

¹⁰⁸⁰ Resolución VII. 16, op. cit. párraf. 10. También SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 805.

¹⁰⁸¹ Citado en SANDS, P. *Principles...* op. cit. p. 813 [Traducción propia].

¹⁰⁸² *Request for the examination of the situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgement of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand vs France)*. Vid infra.

¹⁰⁸³ Abierto a firma el 5 de junio de 1992, durante la Conferencia de Río de Janeiro, hasta el 4 de junio de 1993.

para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos”.

Esta obligación de impacto ambiental se aplica a la prevención de la contaminación intra-fronteriza (aquella que daña la diversidad biológica), pues para los casos en que pueda existir daño a otros Estados, el texto contempla obligaciones adicionales ya conocidas: las de informar, notificar y consultar¹⁰⁸⁴. Asimismo, contempla la participación pública para la evaluación de proyectos, aunque de una manera matizada, con la expresión “cuando proceda”¹⁰⁸⁵. Según Atapattu, esto merma la importancia de la participación pública en el proceso de EIA y es contrario a la práctica contemporánea nacional e internacional donde la participación pública se prevé normalmente en todas las actividades que estén sujetas a una EIA¹⁰⁸⁶. Birnie y Boyle consideran que este Convenio es uno de los pocos casos que manifiestan la *opinio iuris* de los Estados a favor de una EIA para contaminación en el territorio nacional, aunque lo haga de manera poco asertiva, pues establece este procedimiento para cada parte “en la medida de lo posible y según proceda”¹⁰⁸⁷. En efecto, la Conferencia de las Partes en su 6ª Sesión (2002) ahondó en esta cuestión, adoptando “Directrices para la incorporación de asuntos relacionados con la Biodiversidad a la legislación y/o procesos sobre Evaluación de Impacto Ambiental y en la Evaluación Ambiental Estratégica”¹⁰⁸⁸. Dos años antes, el Protocolo de Bioseguridad al Convenio requirió la realización de “evaluación de riesgos” respecto a decisiones relativas a organismos vivos modificados (OVM)¹⁰⁸⁹.

3.3.4. La práctica nacional de los Estados. La legislación nacional

Se afirmó al principio de este apartado que uno de los datos que apuntaba la posible futura emergencia de una norma consuetudinaria sobre el uso de las EIA para efectos ambientales de los Estados era la práctica estatal. La doctrina reconoce, en efecto, que el proceso de EIA es usado en la actualidad a nivel global “como un instrumento para la planificación y control del desarrollo”¹⁰⁹⁰. Más de un centenar de países tienen hoy día algún tipo de legislación sobre EIA y, más aún, la mayoría de países que han adoptado este procedimiento comparten la metodología, elementos

¹⁰⁸⁴ Art. 14.c y d. Ver SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 820.

¹⁰⁸⁵ Art. 14.1.a.

¹⁰⁸⁶ ATAPATTU, S. op. cit. p. 321.

¹⁰⁸⁷ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; op. cit. p. 132.

¹⁰⁸⁸ 6ª Conferencia de las Partes, 2002, Decisión VI/7, texto en el Anexo. También en SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit. p. 820.

¹⁰⁸⁹ Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (conocido como Protocolo de Cartagena), de 29 de enero de 2000.

¹⁰⁹⁰ ATAPATTU, S. op. cit. p. 304. Citando el Australian EIA Network: International Study of the Effectiveness of Environmental Assessment, Report of the EIA Process Strengthening Workshop., Canberra, April 4-7, 1995. También SANDS, P. op. cit. pp. 799-800;

básicos y esquemas de aplicación¹⁰⁹¹. Birnie y Boyle destacan como los ejemplos de leyes más sofisticados de este ámbito, además de la citada Directiva 85/337/CE, la *National Environmental Policy Act* promulgada en EEUU en 1969, que fue la primera ley introducida en un país para incluir el proceso de evaluación ambiental¹⁰⁹², y la canadiense *Canadian Environmental Assessment Act*, de 1992¹⁰⁹³. Como explican los autores, esta práctica es cada vez más común en Europa del Este y en un número significativo de países en desarrollo, particularmente en Asia¹⁰⁹⁴. De hecho, uno de los casos jurisprudenciales que se mencionarán a continuación se desarrolla en India, y consistió en que la constatación de que una corporación había violado esta norma interna (entre otras de protección ambiental y de derecho humanos) supusiera el rechazo de un proyecto de expansión presentado por la entidad privada¹⁰⁹⁵. La expansión de la EIA en los países en desarrollo ha supuesto un cambio en la percepción de este tipo de herramientas, que antes era percibida como algo más apropiado o adecuado a los países en desarrollo¹⁰⁹⁶. Las actividades del PNUMA, de las agencias de donación así como los instrumentos internacionales como la Declaración de Río han contribuido a generalizar esta práctica. De este modo, la adopción de la EIA en muchos países de desarrollo ha sido facilitada por las agencias de desarrollo mientras que en otros ha resultado de la adopción de una agenda de desarrollo sostenible¹⁰⁹⁷.

En definitiva, siguiendo a Atapattu y su interpretación de Robinson, se puede destacar que:

- i. La EIA funciona en todos los sistemas políticos, tanto de derecho civil o “common law”, tanto en países desarrollados como en desarrollo, ricos o pobres.
- ii. El éxito de la EIA no es uniforme: hay una necesidad constante de evaluar el proceso de EIA, para hacerlo más eficiente y limar sus defectos¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹¹ BIRNIE P.; BOYLE. A., op. cit. p. 131. Cita a Robinson, Boston Oll. Env. Aff. LR (1992), 594. Para un repaso de las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo, refiere a Wood, EIA: *A comparative review*, 301-8.

¹⁰⁹² ATAPATTU, Sumudu A., *International Law and Development*.. op. cit. p. 289.

¹⁰⁹³ BIRNIE P.; BOYLE. A., op. cit. p. 131.

¹⁰⁹⁴ *Íd.* Para el estudio de este contexto, mencionan a Wathern, EIA: *Theory and Practice*, Ch 13

¹⁰⁹⁵ La corporación es Vedanta Resources Corporation y el proyecto es construir una mina de bauxita en el Estado indio de Orissa. Vid infra.

¹⁰⁹⁶ ATAPATTU, S. op. cit. p. 308. Cita a Christopher Wood, *Environmental Impact Assessment in Developing Countries: an overview*”. Conference on New Directions of Environmental impact Assessment for Development: Methods and Practice, nov 24-25 2003.

¹⁰⁹⁷ ATAPATTU, S. op. cit. p. 308. Citando a Christopher Wood, op. cit.

¹⁰⁹⁸ ATAPATTU, S. op. cit. pp. 305-6. La obra de Robinson citada es ROBINSON, N. “The 1991 Bellagio Conference on US-USSR Environmental Protection Institution: International Trends in Environmental Impact Assessment”, 19 *B.C Environmental Aff. L- Rev.* 591 (1992)

3.3.5. La jurisprudencia.

La jurisprudencia internacional también comienza a reconocer esta norma. Cabe recordar el caso del TJUE contra Irlanda, mencionado arriba¹⁰⁹⁹. Asimismo, como se detallará en el apartado correspondiente, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) dictó en 2003 una decisión contra Nigeria por vulnerar el derecho a un ambiente sano (recogido en el art. 24 de la *Carta Africana*¹¹⁰⁰) al no tomar las medidas necesarias para impedir la degradación ambiental causada por las actividades de la corporación Shell. La Comisión determina que, entre las obligaciones que se derivan del derecho recogido en el mencionado artículo 24, se encuentra la de someter los proyectos que puedan tener un impacto sobre el medio ambiente a evaluaciones de impacto ambiental. Así se expresa en el párrafo 53 de la sentencia:

“El cumplimiento del Gobierno con el espíritu de los artículos 16 y 24 [derecho a un buen estado de salud físico y mental y derecho a un entorno general satisfactorio favorable al desarrollo, respectivamente] de la Carta Africana debe también incluir ordenar o al menos permitir el seguimiento independiente científico de los ambientes amenazados, requiriendo y haciendo públicos estudios de impacto ambiental y social con prioridad a cualquier desarrollo industrial mayor, llevando a cabo un seguimiento apropiado y proveyendo información a aquellas comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosos y proveyendo oportunidades significativas para que los individuos sean escuchados y participen en el desarrollo de decisiones que afecten a sus comunidades”¹¹⁰¹.

Merecía reproducir este párrafo pues recopila cuestiones relevantes que se han ido tratado. Por un lado, contempla la evaluación de impacto ambiental como una obligación derivada del deber estatal de prevenir la contaminación y la degradación ambiental (enunciada en el párrafo previo, 52). Por otro lado, dentro del deber de realizar la EIA integra los derechos procesales de participación pública, incluyendo a las comunidades afectadas en el proceso de toma de decisiones¹¹⁰².

El TIJ: Asunto de los ensayos nucleares

¹⁰⁹⁹ Caso *Comunidades Europeas c. Irlanda*, sentencia de 3 de julio de 2008, que determinó el incumplimiento de este país de la Directiva EIA de la Unión Europea.

¹¹⁰⁰ *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenya.

¹¹⁰¹ Caso *SERAC y otros contra Nigeria*. Decisión de la CADHP de octubre de 2001, en AHRLR 60 (ACHPR 2001)Párrafo 53. [Traducción propia]. Para un análisis más profundo de la sentencia, apartado 2.II de este capítulo.

¹¹⁰² ATAPATTU, S. op. cit. pp. 353 y ss.

Otras fuentes posibles de práctica estatal son las apelaciones estatales ante cortes nacionales e internacionales, entre las que Sands cita como ejemplo la de Nueva Zelanda en el caso *Ensayos nucleares* (1995)¹¹⁰³. En este asunto, en su escrito de solicitud, Nueva Zelanda invocó la obligación de Francia de desarrollar una EIA antes ejecutar las pruebas nucleares, que implicaban riesgos ambientales y de seguridad nuclear. Fundamentó la existencia de esta obligación en “un tratado internacional concreto [la *Convención de Noumea* de 1986, art. 16] y al derecho consuetudinario internacional derivado de la práctica internacional generalizada”¹¹⁰⁴ La Convención¹¹⁰⁵, de la que Nueva Zelanda y Francia son parte, incluye la obligación de realizar una EIA en su artículo 16.2: “Cada parte, en el marco de sus capacidades, evaluará los efectos potenciales de tales proyectos sobre el medio ambiente marino, de manera que se puedan tomar las medidas apropiadas para prevenir cualquier contaminación substancial o cambios severos y dañinos, en el área de la Convención”¹¹⁰⁶.

Nueva Zelanda subrayó además que dicha obligación implica un análisis de los riesgos antes (*prior*) de comenzar las actividades, y que no era suficiente con supervisar la actividad una vez ha tenido lugar¹¹⁰⁷.

El texto continuó afirmando que, “(a)unque Francia no estuviera vinculada por la Convención de Noumea, todavía le sería exigible por costumbre internacional desarrollar una Evaluación de Impacto Ambiental antes de realizar el test nuclear en Mururoa. La obligación de desarrollar tales evaluaciones existe en relación a cualquier actividad proclive a causar daño severo al medio ambiente, particularmente cuando tales efectos son proclives a tener naturaleza transfronteriza”¹¹⁰⁸. Aunque el texto incluye esa especificación sobre los casos transfronterizos, el término “particularmente” implica un énfasis sobre lo anterior, es decir, que en los casos de efectos transfronterizos la obligación de realizar una EIA es más clara y acuciante, pero no excluye los casos anteriores (EIA para “cualquier actividad proclive a causar daño severo al medio ambiente”, lo que abarca también daños dentro del propio territorio). De hecho, casi todos los acuerdos internacionales que Nueva Zelanda aportó en su texto para apoyar la existencia de la práctica estatal relativa a la EIA hacen referencia a la contaminación del medio ambiente en general (sin especificar

¹¹⁰³ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*. op. cit. pp. 144-5. *Solicitud para el examen de la situación Solicitud de Nueva Zelanda*, 21 agosto 1995. [en adelante, *Ensayos nucleares, Solicitud de Nueva Zelanda*]. Disponible en <http://www.icj-cij.org>.

¹¹⁰⁴ *Ensayos nucleares, Solicitud de Nueva Zelanda*, párrafs. 73 y ss. [Traducción propia].

¹¹⁰⁵ *Convención para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico Sur*, adoptada el 24 de noviembre de 1986 en Noumea, Nueva Calcedonia.

¹¹⁰⁶ *Ensayos nucleares, Solicitud de Nueva Zelanda*, párraf. 75 [Traducción propia].

¹¹⁰⁷ Citado en ATAPATTU, S. op. cit. pp 334-5.

¹¹⁰⁸ *Ensayos nucleares, Solicitud de Nueva Zelanda*, párraf. 89 [Traducción propia].

su carácter transfronterizo) o contemplan ambas situaciones. Tales ejemplos son la Convención sobre el Derecho del Mar (arts. 205 y 206), el Acuerdo ASEAN para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (art. 14.1 y 20.3.a para las actividades con efectos transfronterizos), la Directiva sobre Impacto Ambiental de la CE de 1985 (arts. 2 y 4), la Directiva Operacional de 1989 del Banco Mundial relativa a EIA, el Protocolo de Madrid sobre protección ambiental al Tratado de la Antártida de 1959 (art 8) y la Convención sobre la Diversidad Biológica (art 14). El texto también incluye el Principio 17 de la Declaración de Río¹¹⁰⁹.

La perspectiva de Nueva Zelanda fue apoyada por cuatro Estados del Pacífico Sur y por Australia. E incluso Francia no negó la existencia de obligaciones bajo la Convención de Noumea o el derecho consuetudinario, pero alegó que los requisitos de evaluaciones ambientales permitían un considerable “margen de apreciación” al Estado sobre la manera en que debía evitar el daño¹¹¹⁰. Aunque, como se dijo en el capítulo anterior, la Corte rechazó pronunciarse sobre el fondo del asunto por falta de jurisdicción (perdiendo así una “oportunidad única” para hacerlo¹¹¹¹) las opiniones disidentes de varios jueces resultan de interés. En concreto, el Juez Weeramantry afirmó que, según el “estado actual del derecho internacional del medio ambiente”, la realización de una EIA de proyectos como las pruebas nucleares es un “deber *prima facie*” y que el Tribunal debía considerarla como tal antes de decidir si los argumentos de Nueva Zelanda tenían fundamento o no¹¹¹². En opinión del Juez, en este “estado actual” del DIMA el deber de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental es un principio que “está ganando fuerza y reconocimiento general”, a un nivel tal que debía ser tenido en cuenta por el TIJ. Nótese que el magistrado habla de *principio* (más que de norma o tendencia), cuya definición extrae de la aportada por las Directrices del PNUMA de 1987 sobre “Principios y objetivos de la Evaluación de Impacto Ambiental”¹¹¹³:

“Los Estados (incluyendo sus autoridades competentes) no deberían realizar o autorizar actividades sin la consideración previa, en una fase temprana, de sus efectos ambientales. Cuando la extensión, naturaleza o ubicación de una actividad propuesta es tal que es probable que afecte significativamente al medio ambiente, se debe realizar una evaluación de impacto ambiental comprehensiva de acuerdo con los siguientes principios”¹¹¹⁴. En su declaración de 14 de junio de 1987, adoptando los Principios del PNUMA, el Consejo de Gobierno del órgano consideró que “la

¹¹⁰⁹ Todos estos tratados y otros instrumentos ya centrados en el ámbito nuclear están citados en *Ensayos nucleares, Solicitud de Nueva Zelanda*. párraf. 92 [Traducciones propias].

¹¹¹⁰ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*. op. cit. p. 813.

¹¹¹¹ ATAPATTU, S. op. cit. p. 336.

¹¹¹² *Ensayos nucleares, Opinión Disidente del Juez Weeramantry*, p. 345.

¹¹¹³ PNUMA, *Objetivos y Principios de Evaluación de Impacto Ambiental*, op. cit.

¹¹¹⁴ *Id.* Principio 1. Citado por *Nuclear Tests, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, p. 344, [Traducción propia].

evaluación de impacto ambiental es un medio valioso para promover la integración de las cuestiones ambientales y sobre recursos naturales en la planificación e implementación de los programas y que por tanto ayuda a evitar posibles impactos adversos”. Se muestra además *convencido* de que dicha integración “es indispensable en un proceso de desarrollo sostenible”¹¹¹⁵. Se observan aquí las relaciones apuntadas entre el concepto de desarrollo sostenible y la evaluación de impacto ambiental, a través del principio de integración que permite conectar desarrollo y protección del medio ambiente.

Otra opinión disidente destacada es la del juez *ad hoc* Sir Geoffrey Palmer. Considerando que el derecho internacional del medio ambiente ha evolucionado notablemente desde la *Declaración de Estocolmo*, el magistrado apuntó que “tal y como está ahora el Derecho, es un asunto de deber legal establecer, antes de llevar a cabo una actividad, que la actividad no implica ningún riesgo inaceptable al medio ambiente. Una EIA es simplemente un medio para establecer un proceso para cumplir con esta obligación internacional”¹¹¹⁶. Una vez más, el magistrado argumenta en profundidad la existencia de una norma consuetudinaria de EIA para efectos ambientales transfronterizos y se apoya en numerosos textos ya reiterados (el Principio 21 de Estocolmo, etc.). Sin embargo, en su discurso también incluye referencias y afirmaciones sobre la realización de EIAs para evaluar los efectos intra-fronterizos o sobre el medio ambiente en sí mismo. Estas afirmaciones y referencias son un indicio de que hay un reconocimiento de esta tendencia (o al menos, no un rechazo a la misma), aunque no sea expuesta en más profundidad porque el caso en cuestión se satisface mediante la norma sobre contaminación transfronteriza. De este modo, el Juez recupera las alegaciones de Nueva Zelanda que se refieren a los posibles daños de las pruebas sobre los recursos naturales vivos del medio marino. Si se liberase residuo nuclear sobre el medio marino, el efecto que supondría sobre los recursos naturales vivos marinos, especialmente peces y plancton, sería severo¹¹¹⁷, lo cual afectaría a la cadena alimenticia y a especies altamente migratorias, incluyendo el atún¹¹¹⁸. Por último, entre las proposiciones que el juez considera establecidas por principios de derecho internacional se encuentran:

“a. el derecho internacional del medio ambiente se ha desarrollado rápidamente y tiende a desarrollarse de manera que provee una protección comprehensiva para el medio

¹¹¹⁵ Consejo de Gobierno del PNUMA, 14/25 Environmental Impact Assessment, párrafs 4 y 5.

¹¹¹⁶ Dissenting opinion, Sir Geoffrey Palmer, *ICJ Rep. 1995*, p. 411 párraf. 87. [Traducción propia]. Citado en ATAPATTU, S. op. cit. p 338.

¹¹¹⁷ Dissenting opinion, Sir Geoffrey Palmer, p. 401, párrafs. 60-1. Citado en ATAPATTU, S. op. cit. p 338.

¹¹¹⁸ ATAPATTU, S. op. cit. p 338.

ambiente natural.

(...)

c. el derecho internacional consuetudinario puede haber desarrollado una norma que requiera evaluación de impacto ambiental cuando las actividades puedan tener un efecto severo sobre el medio ambiente.”¹¹¹⁹

Como afirmaba la profesora Atapattu, el TIJ perdió con este caso una oportunidad para contribuir al desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. En la solicitud de Nueva Zelanda no sólo se hacía mención de la norma internacional de realizar una EIA sino de principios como el de precaución o la noción de desarrollo sostenible. No obstante, el texto de aquel Gobierno aporta información sobre cómo, al menos en su caso, se considera el estado del DIMA. Le da más fuerza el hecho de que voces autorizadas como las de los magistrados Weeramantry o Palmer apoyen su postura, de ahí su pertinencia en tenerlo en consideración. En este sentido, los tres discursos recogidos a lo largo de estas páginas pueden constituir un indicio de la creciente aceptación de que la EIA debe aplicarse no sólo para casos de contaminación transfronteriza, sino para aquellas actividades que puedan producir un daño severo al medio ambiente. La solicitud presentada por Nueva Zelanda y las opiniones disidentes analizadas, siendo elaboradas hace más de una década, parecen apuntar ya una tenencia en este sentido.

El TIJ: El asunto Gabcikovo-Nagyramos

Sands¹¹²⁰ sugiere que la opinión del Juez Weeramantry en el asunto de los ensayos nucleares parece haber informado la decisión de la Corte dos años después, en el caso concerniente al proyecto Gabcikovo-Nagyramos. Ya se ha mencionado varias veces que este caso enfrentó a Hungría y Eslovaquia por un proyecto de construcción de una presa en el río Danubio, acordado en 1977 por un Tratado entre los dos Estados. El caso surgió después de que Hungría decidiera poner fin al Tratado y suspender el proyecto alegando, entre otras cuestiones, que se había fallado en valorar adecuadamente el impacto del mismo sobre el medio ambiente, en particular en los cursos de agua dulce y la biodiversidad¹¹²¹. El Tribunal consideró que Hungría no tenía derecho a suspender el Tratado de manera unilateral, pero reconoció, y esto es lo que hace la sentencia relevante, que los impactos del proyecto sobre el medio ambiente eran un asunto clave y que los Artículos 15 y 19 del

¹¹¹⁹ Dissenting opinion, Sir Geoffrey Palmer, p. 412, párraf. 91. [Traducc. propia] Cit. en ATAPATTU, S. op. cit. p 340.

¹¹²⁰ SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*. op. cit. p. 815.

¹¹²¹ *ICJ Reports (1997)*, párraf. 35. citado en SANDS, P. op. cit. p. 823.

Tratado de 1977 prescribían “una obligación continuada – y por lo tanto, en evolución – para las partes de mantener la calidad del agua del Danubio y proteger la naturaleza”¹¹²². Desde esta perspectiva, considerando la “vigilancia y prevención” como requisitos para evitar un daño que puede ser irreversible, el Tribunal apuntó que:

“Se han desarrollado nuevas normas y estándares... Tales nuevas normas tienen que ser tomadas en consideración, y tales nuevos estándares deben tener el peso apropiado, no sólo cuando los Estados contemplan nuevas actividades sino también cuando continúan con actividades comenzadas en el pasado. Esta necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente está expresada de manera apta en el concepto de desarrollo sostenible”¹¹²³.

Tras lo cual alcanzó la ya reiterada decisión: “las Partes juntas deben revisar los efectos sobre el medio ambiente de la operación en la planta de energía de Gabčíkovo”¹¹²⁴. El párrafo anterior es relevante, ya que recoge con claridad el concepto de desarrollo sostenible y hace referencia a los “principios y normas” que van apareciendo en el derecho internacional. No obstante, el Tribunal no entra a detallar a qué normas y principios, además del de desarrollo sostenible, se está refiriendo, y es el Juez Weeramantry quien, una vez más, debe profundizar en la cuestión¹¹²⁵.

El magistrado lo hace, además, aportando en su Opinión Separada una base de fundamentación relevante al caso. Consideró que la decisión de la Corte implicaba que la EIA era un deber “continuo”, adaptado a la evolución de los conocimientos. Así, refiere al “principio de la Evaluación de Impacto Ambiental continuada”, que se basa en comprender que “en tanto que un proyecto de gran magnitud está en curso, la EIA debe continuar, dado que cada proyecto puede tener consecuencias inesperadas”¹¹²⁶. La opinión de Weeramantry hace numerosas referencias al concepto de desarrollo sostenible y, en coherencia con el caso anterior citado, no ignora el principio de precaución. Califica la EIA como una “aplicación específica del más amplio principio general de cautela” y que “plasma la obligación de vigilancia continua y anticipación”¹¹²⁷.

En síntesis, la profesora Atapattu hace un buen resumen de la postura del magistrado y los

¹¹²² *ICJ Reports (1997)*, párraf. 140. Citado en SANDS, P. op. cit. p. 823.

¹¹²³ *ICJ Reports (1997)*, párraf. 140. [Traducción propia]. Citado en ATAPATTU, S. op. cit. p. 341.

¹¹²⁴ *ICJ Reports (1997)* en párraf. 112 y 140.

¹¹²⁵ ATAPATTU, S. op. cit. p. 342.

¹¹²⁶ Separate opinion of Vice-President Weeramantry, en *ICJ Reports (1997)* p. 111. También ver SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*. op. cit. pp. 823-4.

¹¹²⁷ [Traducción propia] párrafo citado en ATAPATTU, S. op. cit. p. 343.

principales principios que articula. Entre ellos y en lo que respecta a lo que aquí se trata, afirma que “hay una obligación general de evaluar las consecuencias de una actividad si hay argumentos razonables que la actividad causará daño ambiental severo” y que “esta obligación es una obligación continuada”¹¹²⁸.

3.4. La protección del medio ambiente dentro de los Estados por sus efectos sobre los derechos humanos.

3.4.1. Introducción: el nexo entre la prevención de la contaminación y los derechos humanos.

El afán por defender un desarrollo sustantivo del derecho internacional del medio ambiente y su cumplimiento por parte de los Estados (y, en última instancia, por las corporaciones) podría tener como fin único la protección de la naturaleza como un bien en sí mismo, con el objeto de equilibrar el deterioro que ha supuesto una expansión agresiva de la actividad humana y tender hacia un modelo más respetuoso con el planeta y con las otras especies que lo habitan. Este fin, loable sin dudarlo, no tendría en cambio mucho sentido en el marco de un estudio sobre los derechos humanos, en el que se inserta este trabajo. El objetivo del derecho internacional de los derechos humanos es, en última instancia, “responder a las amenazas a la dignidad y existencia humana, defendiendo los cimientos fundamentales e inmutables de los derechos humanos, como han sido reconocidos en instrumentos internacionales”¹¹²⁹. Todo trabajo sobre derecho del medio ambiente en una sede como ésta deberá insertarse, por tanto, en estas coordenadas. Así, el presente capítulo pretende introducir la cuestión de las relaciones entre el medio ambiente y los derechos humanos, en su carácter bidireccional: por un lado, la protección del medio ambiente puede contribuir a una mejor protección de determinados derechos humanos (y a la inversa, la degradación ambiental puede conllevar violaciones de derechos humanos). Por el otro, como afirma Shelton¹¹³⁰, tratar los problemas ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos (en concreto, desde los derechos a la vida, la salud o la privada o familiar) puede contribuir a mejorar la protección ambiental. Es preciso apuntar, en este momento, que este capítulo no puede entrar en el tema con la profundidad que sin duda requiere (por falta de espacio), de modo que se intentará presentar unas

¹¹²⁸ ATAPATTU, S. op. cit. p. 343.

¹¹²⁹ SHELTON, Dinah. “Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment”, *Stan. J. Int’l L.*, 1991-1992, vol. 28, p. 106.

¹¹³⁰ *Ibid.* p. 105.

nociones básicas para comprender la cuestión y se desarrollará con más exhaustividad en el futuro.

La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente se contempla de manera distinta según la corriente ideológica y teórica que se trate (las variantes se mueven entre los extremos del antropocentrismo y el ecologismo radicales, y con propuestas originales como la de reconocer un derecho a proteger el medio ambiente en sí mismo, descrita por Boyle¹¹³¹). La postura que aquí se adopta es la que observa los derechos humanos y la protección ambiental como áreas que representan valores sociales diferentes pero parcialmente coincidentes. Sus objetivos por tanto, son distintos pero comunes en algunos puntos¹¹³². Desde esta perspectiva se presentan diferentes alternativas para fomentar el beneficio recíproco entre ambas áreas: *i.* Combatiendo los problemas ambientales desde la afirmación de determinados derechos humanos, *ii.* Reconociendo un conjunto de “derechos ambientales” de carácter procedimental y *iii.* Reconociendo un derecho internacional a un medio ambiente sano y seguro claramente definido. La primera alternativa es la que se conoce comúnmente como “enfoque basado en los derechos humanos” y tiene a su vez dos posibles interpretaciones. De un lado, comprendiendo la protección ambiental (o la buena calidad ambiental) como un pre-requisito o pre-condición para el ejercicio de esos ciertos derechos humanos. Esta visión conlleva, como advierte Shelton, el riesgo de que los Gobiernos utilicen esa “pre-condición” como un pretexto para negar el ejercicio de derechos fundamentales, al utilizar las malas condiciones del medio ambiente en su país (por el motivo que sea) para justificar la falta de garantías de determinados derechos¹¹³³. Para evitar esta situación, la segunda interpretación concibe la protección ambiental no como un pre-requisito sino como una parte esencial del ejercicio del derecho fundamental en cuestión. Desde esta perspectiva, se entiende que la degradación ambiental puede afectar al disfrute pleno de ciertos derechos fundamentales y, por tanto, puede implicar una violación de los mismos. Esta visión parece ser la adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al relacionar la degradación ambiental con la violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*), como se verá *infra*¹¹³⁴.

¹¹³¹ Ver BOYLE, Alan. “Human Rights or environmental rights? An assessment”, *Fordham Environmental Law Review*. 2006, núm 18.

¹¹³² SHELTON, Dinah. “Human Rights, Environmental Rights...” pp. 105 y 109. De esta autora, ver una clasificación un poco más reciente en “Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights have Been Recognized?”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y*. 2006, vol. 35, núm 1, p. 130.

¹¹³³ Esta estrategia ha sido usada en relación al derecho al desarrollo por parte de algunos países, para justificar la falta del ejercicio de los derechos civiles y políticos, o relegando a estos a un segundo lugar. *Ibid.* p. 113.

¹¹³⁴ También, *Ibid.* pp. 114-116.

3.4.1.1. El enfoque de los derechos humanos: derecho a la vida y a la salud

La entonces relatora especial de las Naciones Unidas para los derechos humanos y el medio ambiente, Fatma Zohra Ksentini, dirigió en 1994 un informe que ha sido considerado como la primera base internacional en que se abordó la relación entre ambas áreas, antes tratadas de manera inconexa¹¹³⁵. Conocido como “Informe Ksentini”, el documento analiza las conexiones entre el deterioro ambiental y figuras relacionadas con el nivel de vida, el índice de mortalidad o la salud, en base a lo cual subraya la “cercana interconexión entre las agresiones al medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos”¹¹³⁶. El texto menciona los derechos fundamentales más vinculados al entorno medioambiental, haciéndose eco del enfoque de los derechos humanos expuesto arriba, pero también tratando derechos procedimentales como la información y el acceso al proceso de toma de decisiones¹¹³⁷. En primer lugar, menciona el *derecho a la vida*, del cual asegura que se halla, “por encima de todos, conectado y dependiente de la protección apropiada del medio humano [] El derecho a la vida y la calidad de la vida dependen directamente de las condiciones ambientales positivas o negativas”¹¹³⁸.

En estrecha relación con éste se encuentra el *derecho a la salud*, recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUHD) y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 12, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Según afirma Cançado Trindade, el derecho a la vida y a la salud “son las bases de la *ratio legis* del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho ambiental”¹¹³⁹. En el contexto internacional, este derecho implica esencialmente la protección (siempre que sea factible) contra peligros naturales y el deber de mantener al individuo libre de contaminación, incluyendo el derecho a una sanidad adecuada. El Informe Ksentini apunta que hay numerosos casos de estudio que muestran una relación directa entre las condiciones ambientales adversas y las violaciones de este derecho. Muchos accidentes a gran escala producen efectos irreversibles pero otras fuentes menos impactante de contaminación, como la liberación de sustancias tóxicas y peligrosas al aire,

¹¹³⁵ CIPOLLATI, Verónica. “Ambiente y derechos humanos: el desarrollo del vínculo en la agenda internacional”. Centro de Derechos Humanos y Ambiente, (CDHA) AI 005/2010. 20 abril de 2010, p.3.

¹¹³⁶ ZOHRA KSENTINI, F. *Human Rights and the environment*. Informe final presentado en la 45ª sesión de la Subcomisión para la Prevención de la discriminación y la protección de las minorías. 6 de julio de 1994. E/CN.4/Sub.2/1994/9. [En adelante, *Human Rights and the Environment*] párrafo 162. [Traducción propia.]

¹¹³⁷ *Ibid*, párrafs. 203-223.

¹¹³⁸ *Human Rights and the Environment*, párraf. 174, parafraseando a Galicki. También ver pp. 310-11 con una cita de Ramcharan, R. G., “The Right to life”, The Hague, 1993

¹¹³⁹ A.A. Cançado Trindade, “The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol 13, 1991, p. 50. Cit. en *Human Rights and the Environment*, párraf. 175.

suelo y agua, también producen efectos perjudiciales severos¹¹⁴⁰. En este sentido, el Comentario del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la salud (art. 12 del PIDESC) vincula “el mayor estándar posible de salud física y mental” que garantiza este derecho a factores socio-económicos que incluyen, entre otros, un medio ambiente sano¹¹⁴¹. Es relevante, como apunta Morgera, que el Comité considera que las obligaciones derivadas de este derecho también atañen, aunque de manera indirecta, a las actividades de las empresas transnacionales, a través de la obligación tanto negativa (respetar) como positiva (proteger) del Estado. Así, por ejemplo, una violación de este derecho puede derivar de la omisión por parte del Estado de tomar la medidas necesarias encaminadas a prevenir la contaminación del agua o del suelo causada por industrias extractivas o manufactureras¹¹⁴². La autora ha analizado el avance positivo que ha supuesto este enfoque de los derechos humanos para tratar la “conducta ambientalmente irresponsable” de las corporaciones, aunque sea de manera indirecta. Estudia, por ejemplo, el recurso a los derechos a la vida y la salud en las jurisdicciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIADH)¹¹⁴³ y la Comisión Africana de Derechos Humanos (CADH)¹¹⁴⁴. No obstante, lamenta que los órganos internacionales de derechos humanos dirijan sus recomendaciones sólo a los Estados y no directamente a las corporaciones. Una limitación, en su opinión “inherente al mandato de estas instituciones y al ámbito de los tratados de derechos humanos, que colisiona con la realidad de muchos países en desarrollo receptores de inversión extranjera”, que no cuentan con los recursos para controlar e implementar la legislación ambiental sobre las ETN¹¹⁴⁵.

Los derechos a la salud, la vida y otros del cuerpo fundamental de derechos humanos fueron la base de una denuncia presentada contra la corporación Southern Peru Copper Corporation (SPCC), filial del Grupo mexicano Southern Copper que opera en varias minas y en una fundición de cobre en la localidad de Ilo, Perú (sobre la que se centra la denuncia). En el caso *Flores v. Southern Peru Copper Corporation*¹¹⁴⁶, los demandantes acusaron a la corporación de haber contaminado de manera masiva durante cuarenta años la zona de Ilo, causando daños severos a la salud de la población. La denuncia contó con el *amicus curiae* que la ONG Earth Rights International presentó

¹¹⁴⁰ *Human Rights and the Environment*, párrafs. 176-7.

¹¹⁴¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment 14 on the right to Health, párrafs 4 y 11.

¹¹⁴² *Id.* pp. 50-1. MORGERA, E. *Corporate accountability...* op. cit. pp. 49-50.

¹¹⁴³ Refiere a la investigación de los efectos de la explotación petrolífera en Ecuador y el caso *Aguinda c. Texaco*, Corte federal de EEUU, sentencia de 30 de mayo de 2001. Cit. en *ibid.* p. 136.

¹¹⁴⁴ Situación de Shell en el Delta del Níger, ver al respecto *infra e ibid.* p. 137.

¹¹⁴⁵ *Ibid.* pp. 142-3. [Traducción propia].

¹¹⁴⁶ *Flores v. Southern Peru Copper Corporation*, Decisión de la Corte de Apelaciones de EEUU, Segundo Circuito, agosto de 2003, doc. 02-9008.

en nombre de nueve juristas de reconocido prestigio en los ámbitos del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente. Se pueden citar, por nombrar algunos, James Anaya (actual relator de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas), Dinah Shelton (presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y relatora sobre los derechos de los pueblos indígenas de esta organización) o Alexander Kiss (co-creador del Consejo Europeo de Derecho del Medio Ambiente y una personalidad indispensable en el desarrollo de la materia). El hecho de que el Tribunal de Apelaciones desestimara, por segunda vez, las demandas por falta de jurisdicción y por no considerarlas objeto de cobertura bajo el ATCA¹¹⁴⁷, no resta importancia a los argumentos que presenta este *Amicus curiae* como una muestra de la opinión doctrinal sobre la cuestión, sobre todo por la voz de autoridad que la sostiene.

El *Amicus Curiae* basa su argumento en desmontar la razón esgrimida por el Tribunal para desestimar la causa. Éste consideró que, si bien los demandantes habían presentado su denuncia bajo el ATCA alegando derechos fundamentales consuetudinarios internacionales (a la vida, la salud y al desarrollo sostenible), la denuncia se había basado en principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y no había demostrado que la comunidad internacional prohibiera la conducta particular en cuestión (esto es, la contaminación intra-fronteriza de la que se acusa a la compañía)¹¹⁴⁸. Frente a este argumento, el *Amicus Curiae* sostiene que “el derecho internacional prohíbe de manera explícita actos que causen degradación ambiental severa, a largo plazo y extendida que perjudique la salud o supervivencia de la población”¹¹⁴⁹. Esta prohibición constituye un estándar internacional mínimo que está “aceptado universalmente” y que se trata de una norma “lo suficiente determinada” como para establecer que los actos alegados contra la corporación son “considerados a nivel universal ofensas internacionales” y, por lo tanto, que puede fundar una acción bajo el ATCA¹¹⁵⁰. Esta afirmación, sobre todo el considerar que *existe una norma en el derecho internacional que prohíbe la degradación severa*, es muy relevante e innovadora, y merece destacar dos puntos que el texto subraya al respecto. Por una parte, el *Amicus Curiae* basa su afirmación en que existen una variedad de cuerpos e instrumentos diferentes en el derecho internacional que la corroboran. Tales elementos del derecho internacional incluyen “el reconocimiento universal por parte de los estados de que los derechos fundamentales a la vida, seguridad de la persona y salud ubican límites obligatorios a la degradación ambiental; que la degradación ambiental de la escala denunciada aquí está prohibida incluso en tiempos de guerra, y

¹¹⁴⁷ Alien Torts Claims Act. 28 U. C. S. paraf 1350.

¹¹⁴⁸ *Amicus curiae, Summary of Arguments*, p. 12.

¹¹⁴⁹ Ídem. [Traducción propia].

¹¹⁵⁰ Íbid, p. 13.

que las personas tienen un derecho a un medio ambiente mínimamente adecuado”¹¹⁵¹. Por otra parte, rechaza de plano la afirmación del Tribunal de que la contaminación dentro de las fronteras nacionales nunca puede violar el derecho internacional. Así, el texto recoge que, aunque los Estados tienen un amplio rango para equilibrar la protección ambiental y el desarrollo, “no tienen discreción para violar los derechos humanos básicos mediante la degradación ambiental, del mismo modo que no tienen discreción para hacerlo por otros medios”¹¹⁵².

3.4.1.2. La percepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A estas alturas, se puede afirmar sin duda que las condiciones medioambientales tienen efectos sobre la “buena o mala salud” de los derechos humanos. No es baladí que en el presente siglo, el único tribunal internacional que ha experimentado un incremento significativo en el número de casos relacionados con asuntos ambientales opere en el marco de la protección internacional de los derechos humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata de litigios relacionados con casos de contaminación que han llevado a la infracción de derechos individuales recogidos en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH)¹¹⁵³, y ello pese a que el propio Convenio o hace ningún mención explícita al medio ambiente¹¹⁵⁴. De este modo, se ha apuntado que la voluntad del TEDH a reconocer el nexo entre la protección ambiental y los derechos humanos refleja un reconocimiento creciente de la importancia de las cuestiones ambientales, específicamente la calidad del medio ambiente, así como la necesidad de protección y de información sobre las amenazas ambientales¹¹⁵⁵. En la mayoría de estos casos, el Tribunal ha invocado el art. 8 del CEDH, que recoge el derecho a la vida privada y familiar, reconociendo que las circunstancias ambientales denunciadas por los particulares suponían un perjuicio para el

¹¹⁵¹ *Íd.*

¹¹⁵² *Íd.* [Traducción propia, subrayado incluido].

¹¹⁵³ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Adoptado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Ver al respecto, LOIBL, Gerhard: “Environmental Law and Non-Compliance Procedures”, en FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan, *Issues of International Responsibility before International Judicial Institutions*, EEUU: Hart Publishing, 2004, p. 202.

¹¹⁵⁴ BOYLE, Alan. “Human Rights or environmental rights?...” op. Cit. núm 18. p. 485.

¹¹⁵⁵ ACEVEDO, Mariana T. “The intersection of human rights and environmental protection in the European Court of Human Rights”, *N.Y.U. Envtl. L.J.*, 1999, vol. 8, núm. 2., p. 437. [Traducción propia]

ejercicio de este derecho¹¹⁵⁶. El primer caso relevante al respecto¹¹⁵⁷ es el asunto *Powell y Reyner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990¹¹⁵⁸, relacionado con los efectos de los niveles de sonido emanados del Aeropuerto de Heathrow sobre los ciudadanos que vivían en zonas próximas. El asunto ya marcó un hito relevante, al afirmar el Tribunal que la calidad de la vida privada y familiar del demandante había sido afectada de manera adversa por el sonido generado en el aeropuerto. Por lo tanto, “el artículo 8 es una provisión material en relación al Sr Powell y al Sr. Reyner”.¹¹⁵⁹ No obstante, consideró también que las medidas adoptadas por el Gobierno británico para disminuir la contaminación acústica estaban dentro del “margen de apreciación” que todo Estado posee para actuar en cumplimiento del Convenio, en este caso, el art. 8 (bien el párrafo 1 o, siguiendo las causas que legitiman la interferencia en el derecho, el párrafo 2)¹¹⁶⁰. La sentencia recoge también el procedimiento comúnmente seguido en lo que refiere a la evaluación del art. 8 del CEDH¹¹⁶¹: valorar si el Estado, en el desarrollo de las medidas encaminadas a satisfacer el derecho a la vida privada y familiar recogido en dicho artículo, ha logrado un equilibrio entre los intereses en conflicto del individuo y los de la comunidad¹¹⁶². Es en este balance de intereses donde se considera que el Estado tiene un “margen de apreciación”, en el que puede valorar, por ejemplo, los objetivos recogidos en el párrafo 2 del artículo¹¹⁶³.

Sí se consideró violación del art. 8 en el asunto *López Ostra c. España*¹¹⁶⁴, el primer caso en el que el TEDH determinó una violación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* como resultado de las condiciones ambientales¹¹⁶⁵. El demandante y su familia vivían cerca de una planta de tratamiento de residuos de productos de curtiduría, que emanaba gases y sustancias contaminantes. Una polución que, según informes médicos presentados por el demandante, había producido daños

¹¹⁵⁶ El art. 8 establece que: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹¹⁵⁷ La jurisprudencia del TEDH presenta casos relacionados con el medio ambiente desde 1976, pero no todos admitidos por la Corte. Por ejemplo, caso X y Z c. República Federal de Alemania (1976); Arrondelle c. Reino Unido (1982), Vearncombe c. Reino Unido y República Federal de Alemania (1989), S. c. Francia (1990). Cit. en ACEVEDO, M. T. “The intersection of human rights.” op. cit. pp. 464-471.

¹¹⁵⁸ *Powell y Reyner c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1990. 172 Eur. Ct. H.R. (set. A) 1 (1990).

¹¹⁵⁹ *Ibid.* Párraf. 40.

¹¹⁶⁰ *Ibid.* Párrafs. 41-6. Ver también PEDERSEN, Ole W. “Environmental European Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?”, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 2008, vol 21, pp. 84-5.

¹¹⁶¹ PEDERSEN, Ole W. “Environmental European..” op. cit. p. 86.

¹¹⁶² *Powell y Reyner c. Reino Unido*, párraf. 41.

¹¹⁶³ *Id.*

¹¹⁶⁴ *López Ostra c. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, TEDH. 303 Eur. Ct. H.R. (set. A, part C) 38 (1995).

¹¹⁶⁵ PEDERSEN, O. W. op. cit. p. 86. Ver también SANDS, Philippe, “Human Rights, Environment and the Lopez-Ostra Case: Context and Consequences”, *Eur. Hum. Rts. L. Rev.*, 1996 núm 6, pp- 597-630.

en la salud de su hija tales como náuseas clínicas, vómitos, reacciones alérgicas y anorexia¹¹⁶⁶. Se suma la circunstancia de que la planta operaba sin los permisos adecuados y que, debido a los problemas de salud que comenzaron a percibirse en la zona, la población de los alrededores había sido desalojada temporalmente y la planta había cesado su actividad, pero no así el proceso de tratamiento de residuos¹¹⁶⁷. La disertación del Tribunal comienza, como en el caso anterior, reconociendo los vínculos entre los daños ambientales y los derechos humanos recogidos en el *Convenio*. Así, afirma que “naturalmente, la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar de sus hogares de manera que afecte su vida privada y familiar de manera adversa, sin que, no obstante, dañe seriamente su salud”¹¹⁶⁸. Prosiguió analizando si el Gobierno español había logrado ese equilibrio entre los intereses individuales y de la comunidad, considerando el margen de apreciación en dicha acción¹¹⁶⁹. Finalmente, determinó que “a pesar del margen de apreciación que se reconoce al Estado denunciado, [] no ha logrado el equilibrio entre los intereses de bienestar económico de la ciudad – aquel de tener una planta de tratamiento de residuos – y el disfrute efectivo del demandante de su derecho a ser respetadas su vida privada y familiar”¹¹⁷⁰. De este modo, aunque el Tribunal no reconoció un derecho sustantivo al medio ambiente bajo el CEDH, encontró que España había violado su obligación positiva de asegurar que el demandante pudiera vivir en un medio ambiente sano, esto es, que no supusiera una amenaza seria a su salud y a la de su familia¹¹⁷¹. Se trata de un giro muy importante, según apunta Acevedo, para la interposición de demandas ambientales dentro del régimen del *Convenio*. La clave reside en que el Tribunal consideró que un Estado (España) había “quebrado un deber positivo de actuar para asegurar el respeto a un derecho derivado no establecido de manera explícita bajo el régimen del *Convenio*, el derecho a vivir en un ambiente no adverso a la salud”¹¹⁷².

Otro caso de referencia es el *Guerra y otros c. Italia*¹¹⁷³, en el que se relacionan el derecho a la vida privada y familiar con la información relativa a posibles impactos ambientales. Pederson y DeMireux coinciden en que el art. 8, en algunas circunstancias, acarrea el deber positivo de proveer información sobre asuntos que pueden impactar al medio ambiente¹¹⁷⁴. Los demandantes vivían

¹¹⁶⁶ *López Ostra c. España*, párraf. 19.

¹¹⁶⁷ *Ibid.* párraf. 9.

¹¹⁶⁸ *Ibid.* párraf. 51. [Traducción propia].

¹¹⁶⁹ *Íd.*

¹¹⁷⁰ *Ibid.* párraf. 58.

¹¹⁷¹ PEDERSEN, Ole W. “Environmental European...” op. cit. p. 86.

¹¹⁷² ACEVEDO, M. T. “The intersection of human rights...” op. cit. pp. 477-8.

¹¹⁷³ *Guerra y otros c. Italia*. 19 Febrero 1998, ECHR, Reports of Judgements and Decisions 1998-I.

¹¹⁷⁴ PEDERSEN, Ole W. “Environmental European...” op. cit. p. 87. Citando a DeMIREUX, Margaret, “Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 21 *O.J.L.S.* 521, 538-39 (2001).

cerca de una fábrica química productora de fertilizantes clasificada de alto riesgo (en la década de 1970, un episodio de accidentes condujo a la hospitalización de 150 personas por envenenamiento de arsénico¹¹⁷⁵). Desde entonces y hasta que se detuvo la producción de fertilizante en 1994, la población estuvo expuesta a los productos tóxicos emitidos por las instalaciones, periodo durante el cual, según la denuncia, las autoridades no habían facilitado la información necesaria para evaluar los riesgos de vivir en la zona. De hecho, la demanda se basa en la violación del art. 10 del Convenio, relativo al derecho de expresión e información¹¹⁷⁶. Una alegación que la Corte desestimó (párrafs. 53-55 de la sentencia), para sí considerar la violación del art. 8 sobre la vida privada y familiar, reconociendo “el efecto directo de las emisiones tóxicas sobre el derecho de los demandantes a ver respetada su vida privada y familiar”. Una vez más, el Tribunal advierte que dicho artículo implica, además de una obligación negativa de no interferencia arbitraria, una positiva de garantizar dicho derecho¹¹⁷⁷. Aunque la sentencia pueda hacer pensar que el Tribunal no reconoce el derecho a la información sobre asuntos ambientales, lo cierto es que, según Acevedo, sí lo reconoce, pero en el marco del art. 8. y no del art. 10: la omisión por parte del Estado de garantizar una información debida sobre los riesgos de la fábrica conllevó efectos adversos sobre la calidad de vida de los demandante, quebrando así el mencionado art. 8¹¹⁷⁸.

En base a estos precedentes, la Corte se pronunció de manera similar en dos casos recientes contra España relacionados con los efectos del exceso de ruido (derivados de locales de ocio nocturno) sobre la vida privada y familiar. Son el asunto *Moreno Gómez c. España*¹¹⁷⁹, de 16 de noviembre de 2004, y el caso *Martínez Martínez c. España*¹¹⁸⁰, sentencia de 18 de octubre de 2011. El primero, la demandante vivía en una zona de alta concentración de bares y discotecas y denunciaba que, pese sus sucesivos intentos ante las autoridades, éstas no habían tomado las medidas oportunas al respecto¹¹⁸¹. Considerando los niveles de sonido a los que era expuesto la demandante, su ocurrencia en horas nocturnas y el hecho de que la situación se había prolongado durante años, el Tribunal determinó que España había violado el art. 8 por su omisión en la aplicación de las normas existentes diseñadas para disminuir los niveles de ruido. En el siguiente caso, el origen de fondo era una discoteca con terraza que había obtenido la licencia de la autoridad competente pese a contar

¹¹⁷⁵ *Guerra y otros c. Italia*. párraf. 15.

¹¹⁷⁶ *Id.* párraf. 47.

¹¹⁷⁷ *Id.* párrafs. 60 y 58 respectivamente. [Traducción propia].

¹¹⁷⁸ ACEVEDO, M. T. “The intersection of human rights...” op. cit. p. 488.

¹¹⁷⁹ *Moreno Gómez c. España*. Sentencia del 6 de noviembre de 2004. En H.R. 327, 343 (2005).

¹¹⁸⁰ *Martínez Martínez c. España*. Sentencia de 18 de octubre de 2011. Demanda nº 21532/08

¹¹⁸¹ *Moreno Gómez c. España*. Press Release 572, “Principal Facts”, pp. 1 y 2.

con informe ambientales (de ruido) negativos¹¹⁸². Citando la sentencia del caso *Moreno Gómez*, el Tribunal afirmó que la protección que se hace del domicilio es del lugar, el espacio físicamente determinado, en el que se desarrolla la vida privada y familiar, considerando el derecho a poder disfrutar de dicho espacio con toda tranquilidad¹¹⁸³. Esta alusión a la “tranquilidad” implica que el art. 8,1 protege contra interferencias de tipo no sólo físico o material, sino también otras de carácter “inmaterial o incorporeal”, como los ruidos¹¹⁸⁴. Asimismo, en este caso se añade una cuestión relativa a la salud de la cónyuge y de la hija del demandante, quien había alegado que la contaminación acústica causada por el bar había originado un deterioro físico y psicológico de aquellas, aportando informes médicos al respecto¹¹⁸⁵.

En conclusión, las sentencias comentadas muestran una tendencia del TEDH a reconocer los vínculos entre el medio ambiente y algunos derechos fundamentales recogidos en el Convenio, especialmente el de la vida privada y familiar (art. 8.1). Destaca que en muchos de los casos se trata de un tipo de contaminación acústica (por ruidos), pero no es exclusiva. Asimismo, la Corte insiste en más de una ocasión en la doble dimensión negativa-positiva que tienen las obligaciones que derivan de los artículos, un aspecto que también ha reproducido la Comisión Africana de Derechos Humanos, como se verá *infra*. De este modo, se observa cómo el TEDH parece interpretar que las normas de derechos humanos (la *Convención*, en este caso), pueden ser re-interpretadas para atender asuntos de justicia medioambiental. Esta interpretación es consistente con la percepción del Convenio como un documento en evolución que responde a las necesidades cambiantes de sus beneficiarios¹¹⁸⁶, como aparece recogido en la propia jurisprudencia del Tribunal¹¹⁸⁷. Siguiendo la estela, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa presentó en 2003 un informe sobre la adopción de un protocolo al CEDH que recoja el derecho fundamental al medio ambiente¹¹⁸⁸. El “Manual sobre derechos humanos y medio ambiente”¹¹⁸⁹ adoptado en 2005 por el Consejo de

¹¹⁸² Ver GARCÍA URETA, Agustín. “El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez c. España”, *Actualidad jurídica ambiental*, 21 de noviembre de 2011, párrf. 2. Disponible en <http://www.actualidadjuridicaambiental.com>. [último acceso, 20/5/2012].

¹¹⁸³ *Martínez Martínez c. España*, párraf. 39. En original: “L’individu a droit au respect de son domicile, conçu non seulement comme le droit à un simple espace physique mais aussi comme celui à la jouissance, en toute tranquillité, dudit espace”.

¹¹⁸⁴ *Martínez Martínez c. España*, párraf. 53. Citado en GARCÍA URETA, A. op. cit. párraf. 6.

¹¹⁸⁵ *Martínez Martínez c. España*, párrafs. 29 y 21-7 respectivamente.

¹¹⁸⁶ ACEVEDO, M. T. “The intersection of human rights...” op. cit. p. 480.

¹¹⁸⁷ “La Convención... debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales”, en *Soering c. Reino Unido*, 11 Eur. Ct. 439, 473 (1989). También *Öcalan c. Turquía*, 37 Eur. Ct. H.R. 10 (2003). Cit en BOYLE, A. “Human Rights or Environmental Rights..?” op. cit. p.485 y nota al pie 54.

¹¹⁸⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Report. Doc. 9791, 16 de abril de 2003, párraf. 2.

¹¹⁸⁹ Comité de Expertos para el Desarrollo de los Derechos Humanos, Doc. DH-DEV(2005), Apéndice II.

Europa, aunque afirma que el Convenio no garantiza expresamente el derecho a un medio ambiente sano, sí reconoce la relación entre el medio ambiente y algunos de los derechos incluidos como el derecho a la vida (art. 2), a la vida privada y familiar (art. 8), al disfrute pacífico de las posesiones y propiedad (Protocolo 1, art. 1) y a un proceso equitativo (art. 6)¹¹⁹⁰. Como evolución más reciente, en 2009 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa presentó un borrador de protocolo adicional al Convenio Europeo sobre el derecho a un medio ambiente sano¹¹⁹¹.

Por su parte, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos están dando pasos hacia una interpretación similar a la de la Corte Europea. Aunque en contextos diferentes, los sistemas de derechos humanos americano y europeo muestran similitudes, empezando por los instrumentos internacionales que codifican los derechos humanos (la *Convención Interamericana*¹¹⁹² y el Convenio Europeo). En lo que aquí respecta, el texto interamericano tampoco reconoce de manera explícita el derecho a un medio ambiente sano¹¹⁹³, y tanto la Corte como la Comisión emplean con frecuencia la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Según Courtis, los estándares interpretativos establecidos por aquella son relevantes para el sistema interamericano y podrían formar las bases para nuevos desarrollos jurisprudenciales en su seno¹¹⁹⁴. Desde luego, el enfoque de derechos humanos para la protección ambiental se halla aún muy lejos de la posición alcanzada en la Corte europea, pero dado los factores apuntados arriba, no sería descabellado apuntar algunas posibilidades en este sentido. Por ejemplo, la Corte Interamericana ha allanado el camino para interpretar en este sentido el derecho a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5 de la *Convención*). En su sentencia del caso *Yakye Axa c. Paraguay*¹¹⁹⁵ recoge la doctrina, asumida por el TEDH, de que los derechos humanos conllevan obligaciones negativas y positivas para el Estado. Es decir, que una vulneración del derecho puede derivar de la omisión al no adoptar las medidas necesarias para proteger tales derechos. Dicha sentencia recoge que “una de las obligaciones a las que el Estado debe comprometerse de manera ineludible [...] es generar las condiciones mínimas de vida que son compatibles con la dignidad de la persona humana [...]”¹¹⁹⁶. Años atrás, la Comisión había ya reconocido el vínculo entre el medio ambiente y el derecho a la vida, en una petición en

¹¹⁹⁰ BOYLE, A. “Human Rights or environmental rights?..” op. cit. p. 486.

¹¹⁹¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment” Doc. 12003. Accesible en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC12003.pdf> [acceso, 21/5/2012].

¹¹⁹² Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptada el 22 de noviembre de 1969.

¹¹⁹³ COURTIS, Christian. “Litigating Environmental Disputes in the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights and International Legal Discourse*, 2008, núm. 2, p. 179.

¹¹⁹⁴ *Ibid*, p. 182.

¹¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005.

¹¹⁹⁶ *Id*, párrafs. 161-2. y en COURTIS, C. “Litigating Environmental Disputes...” op. cit. p. 203.

nombre de la comunidad Yanomami de Brasil, donde refirió a la *Convención*, sino a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)¹¹⁹⁷.

Por otra parte y atendiendo al contexto de América Latina, tiene especial importancia para la protección ambiental el tratamiento que se otorgue a los derechos de los pueblos indígenas. Como se explicó en el asunto de Vedanta Resources en India (ver *supra*), la fuerte relación identitaria de las comunidades nativas con la tierra y la naturaleza conlleva una interdependencia que, de ser interpretada favorablemente por los órganos competentes, implica un avance para la protección ambiental (y de los derechos humanos)¹¹⁹⁸. A este respecto, la Corte Interamericana ha mostrado un fuerte avance en el análisis del derecho de propiedad en casos donde han estado involucradas comunidades indígenas, donde ha afirmado que el art. 21 de la Convención (el derecho a propiedad) se debe interpretar a la luz del contexto cultural de tales comunidades. Este derecho, ha sostenido, debe ser respetado, para así permitir el desarrollo de sus actividades tradicionales de subsistencia y su identidad, fuertemente ligadas a la tierra y la naturaleza¹¹⁹⁹. Esta doctrina ha sido desarrollada por la Corte en varios casos¹²⁰⁰, aunque el más relevante, en relación al derecho de propiedad de los pueblos indígenas y el medio ambiente, es la decisión sobre medidas provisionales del asunto Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador¹²⁰¹. El asunto se relaciona con la autorización por parte del Gobierno ecuatoriano a una compañía petrolera para operar en territorio de este pueblo indígena, sin haber realizado las consultas debidas, así como su omisión para prevenir y remediar los ataques contra los derechos de esta comunidad. En la orden sobre medidas provisionales dictada por la Corte mientras duraba el procedimiento ante la Comisión, el Tribunal instó al Gobierno, entre otras cosas, a permitir a los miembros de la comunidad Sarayaku “desarrollar sus actividades y usar los recursos naturales de la tierra donde está localizada” así como adoptar medidas para “prevenir daño inmediato e irreparable a la vida e integridad personal” de la población¹²⁰². La Comisión finalmente decidió presentar el caso ante la Corte, alegando el incumplimiento de estos derechos de propiedad, de participación y otros como la integridad física y personal de los miembros de la comunidad de

¹¹⁹⁷ Ver SHELTON, Dinah. “Human Rights and the Environment...” op. cit. pp. 145-6.

¹¹⁹⁸ COURTIS, C. “Litigating Environmental Disputes...” op. cit. 200. Ver también MARIÑO MENÉNDEZ, F.; OLIVA MARTÍNEZ, D. (eds.) Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Madrid: Dykinson-UC3M, 2004; CRAIG, Donna, “Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas”. *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*, 2007, núm. 2, pp. 31-47.

¹¹⁹⁹ COURTIS, C. “Litigating Environmental Disputes...” op. cit. 201.

¹²⁰⁰ *Awas Tingni c. Nicaragua*, 1 febrero 2000; *Moiwana c. Suriname*, 15 junio 2005; *Yakye Axa c. Paraguay y Sawyhoymaxa c. Paraguay*, 29 marzo 2006.

¹²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Asunto de Sarayaku*, Medidas provisionales, orden del 17 de junio de 2005, Series C. No 125.

¹²⁰² *Id.*, punto 1. citado en COURTIS, C. “Litigating Environmental Disputes...” op. cit. p. 202.

Sarayaku¹²⁰³.

3.4.1.3. Derechos de participación o “derechos ambientales”

Varios autores han hablado de “derechos ambientales” para referirse, entre otras posibilidades, a aquellos derechos civiles y políticos que permiten facilitar la participación del público en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales y forzar así a los Gobiernos a cumplir un conjunto de estándares mínimos para proteger la vida, la vida privada y la propiedad del daño ambiental. Tales derechos serían aquellos procedimentales o de participación e implicarían un paso intermedio entre la simple aplicación de derechos existentes al objetivo de protección ambiental y el reconocimiento de un derecho completo al medio ambiente¹²⁰⁴. Aunque esta perspectiva ha sido cuestionada como insuficiente por juristas como Shelton y Boyle (y, en general, por la doctrina que aboga por avanzar un paso más hacia la promulgación del derecho humano a un medio ambiente sano)¹²⁰⁵, lo cierto es que, en el estadio actual del derecho internacional del medio ambiente, se observan casos en que la apelación a estos “derechos ambientales” ha sido aceptada.

Tal y como reconoció el Punto Nacional del Gobierno Británico con el asunto Vedanta en India¹²⁰⁶, para la garantía efectiva de los derechos humanos que están relacionados con el medio ambiente, es esencial garantizar el cumplimiento del derecho a la información y a la participación en los procesos de toma de decisiones. Según Shelton, los tres derechos procedimentales (derecho a la información, a la participación pública y a obtener remedio) se encuentran en numerosos instrumentos ambientales y de protección de los derechos humanos¹²⁰⁷. Un punto de inflexión, en el marco de la Comunidad Económica de las Naciones Unidas para Europa, es la *Convención Aarhus*¹²⁰⁸. La DUDH (art. 19) o el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (art 19), por su parte, recogen el derecho a la información, mientras que el de participación pública en los asuntos de importancia para la comunidad se encuentra en tratados como el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (art. 25). Este derecho (de carácter amplio) está vinculado al principio de consentimiento libre, previo e informado (CLPI), recogido en instrumentos como la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32), la Convención

¹²⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Kichwa People of Sarayaku y sus miembros c. Ecuador (caso 12. 465), 26 de abril de 2010.

¹²⁰⁴ Ver SHELTON, D., “Human Rights, Environmental Rights...” op. cit. p. 117, y BOYLE, A. “Human Rights or Environment Rights...”, op. cit. p. 471.

¹²⁰⁵ *Id.*

¹²⁰⁶ Ver supra, apartado, 3.1, caso Vedanta e India.

¹²⁰⁷ SHELTON, D. “Human Rights and the Environment...” op. cit. p. 133.

¹²⁰⁸ Convenio sobre el Acceso a la Información, participación de los ciudadanos y acceso a la justicia. Aarhus, 1998.

para la eliminación de todas las formas de discriminación o la Convención sobre la Diversidad Biológica (art. 8.j). Se trata de un derecho humano muy conectado con el medio ambiente que parte de reconocer la fuerte relación que algunas poblaciones, en especial las comunidades indígenas, tienen con la naturaleza. Esta relación se considera de manera positiva, en beneficio de un uso sostenible de los recursos naturales, de la conservación de la naturaleza, sus servicios y valores, y de la protección de la biodiversidad. Así por ejemplo, en su artículo 8.j, la Convención sobre la Biodiversidad impone a los Estados la obligación, con arreglo a su legislación nacional, de “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”. Para promover este fin hace falta, entonces, los derechos de participación. Así, los Estados promoverán la aplicación de estos conocimientos y estilos de vida tradicionales “con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. Recordando el caso de la mina de bauxita y la refinería en India y como se comprobará con el caso de Nigeria y la petrolera Shell (en el próximo apartado), las relaciones entre el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones y la protección del medio ambiente es, en tales casos, indispensable. Como documentaron Survival International y Amnistía Internacional, el incumplimiento por parte de la corporación de estos deberes resultó en una oleada de protestas y descontento por parte de los Dongria Kondh¹²⁰⁹. En el caso de la refinería de Lanjigarh, ya en pleno funcionamiento, la falta de consulta y evaluación apropiadas, unida al menosprecio de la opinión de las comunidades locales afectadas por la refinería, condujeron a una degradación ambiental que acarreó perjuicios para los derechos de salud, acceso al agua o al alimento, entre otros¹²¹⁰.

Estos derechos ambientales también han sido reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos. La Corte ha sostenido que “en relación a lo proyectos de desarrollo de larga escala o proyectos que puedan tener impacto en el territorio Saramaka [una comunidad indígena] el Estado tiene el deber, no sólo de consultar con los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”¹²¹¹. En el citado asunto

¹²⁰⁹ Survival International, “Complaint to the UK National Contact Point under the Specific Instance Procedure of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, op. cit. párraf 10. p. 4.

¹²¹⁰ Vid supra, ídem y ACTION AID, “Vedanta cares? Busting the myths about Vedanta’s operations in Lanjigarh, India”, 2007, op. cit.

¹²¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo de Saramaka*, Objeción preliminar, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Series C, No 172, párraf. 134.

Sarayaku en Ecuador, la Comisión también se basó en el incumplimiento con estos derechos para presentar el caso ante la Corte para su pronunciamiento¹²¹².

3.4.2. Un caso práctico y jurisprudencia: la Sentencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *SERAC y otros c. Nigeria*

3.4.2.1. Contexto: la industria petrolera en el entorno natural del Delta del Níger

Uno de los casos de jurisprudencia a favor de las obligaciones internacionales de los Estados de prevenir la contaminación ambiental es la decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *SERAC y otros c. Nigeria* (2001)¹²¹³. El asunto se sumerge en el contexto de explotación petrolífera liderada por la corporación Shell British Petroleum a través de su filial Shell Petroleum Development Company (SPDC)¹²¹⁴, que descubrió los primeros yacimientos de crudo en la zona a finales de los años cincuenta. Desde ese momento, la corporación dominó la exploración y explotación de petróleo en la zona del Delta del Níger (región pantanosa al sur de Nigeria formada por la desembocadura del Río Níger en el Océano Atlántico) en especial en el territorio donde vive la población Ogoni. No se trata de un entorno cualquiera, sino de uno de los diez ecosistemas pantanosos y marino-costeros más importantes del mundo, de gran riqueza en recursos naturales, incluyendo gas natural, petróleo, estaño, carbón etc. Está además caracterizado por su biodiversidad, pues contiene especies únicas de flora y fauna así como ecosistemas diversos y delicados. De los 27 millones de personas que viven en el Delta del Níger, aproximadamente un 75% dependen del entorno natural para vivir, a través de la pesca, agricultura y la ganadería¹²¹⁵. Los proyectos de la entidad se han desarrollado a través de una consorcio con el entonces gobierno militar de Nigeria, por medio de la compañía estatal Corporación Nacional Nigeriana de Petróleo (NNPC en inglés). Como resultado de las décadas de actividad extractiva, el Delta del Níger ha

¹²¹² CIDH, Solicitud ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Kichwa People of Sarayaku, op. cit. párrafs. 117-163.

¹²¹³ Decisión de octubre de 2001, en AHRLR 60 (ACHPR 2001). Disponible on line en <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/410-nigeria-social-and-economic-rights-action-centre-serac-and-another-v-nigeria-2001-ahrlr-60-achpr-2001.html> [último acceso, 27/4/2012].

¹²¹⁴ Shell es responsable del 40% de la producción de petróleo en Nigeria. Las otras compañías mayores, Exxon Mobil y Chevron han realizado extracciones en alta mar, mientras que Shell operaba principalmente en tierra, donde se recrudecían los conflictos con la población y los impactos directos sobre el medio ambiente. Ver FRYNAS, Jędrzej George, "The oil industry in Nigeria_ conflict between Oil Companies and local people". En: DE SCHUTTER, Olivier (ed): *Transnational Corporations and Human Rights*, op. Cit. p. 100 nota al pie 2.

¹²¹⁵ Centre for Constitutional Rights y EarthRights International: "Factsheet: environmental degradation"; van der LINDE, Morné; LOUW, Lirette. "Considering the interpretation and implementation of article 24 of the African Charter on Human and People's Rights in light of the SERAC Communication", *Afr. Hum. Rts L.J.*, 2003. p. 168.

sufrido un severo deterioro ecológico, que ha afectado de gravedad los ecosistemas de la región y las vidas de su población¹²¹⁶.

3.4.2.2. Daños ambientales y a los derechos humanos de la población local

Los daños ambientales son hoy día un efecto casi inherente de la actividad extractiva. Según documenta el profesor Jędrzej George Frynas, “está claro que las operaciones petroleras suponen una amenaza al medio ambiente en cada etapa de la cadena de suministro: exploración, producción, transporte y refinamiento”¹²¹⁷. La etapa de exploración implica el despeje de zonas (que puede conllevar pérdida duradera o permanente de vegetación) y actividades de perforación (puede acarrear vertido de líquidos). La fase de producción, por su parte, supone el riesgo de vertidos desde los oleoductos así como emisiones atmosféricas de la quema de gas (subproducto de la producción de petróleo). Durante el transporte, los tanques liberan petróleo durante el bombeo de agua residual o la descarga de cargamento. Por último, en las refinerías la contaminación puede incluir liberación de agua residual (que contiene residuos de petróleo), eliminación de residuos sólidos y emisiones atmosféricas. En el caso del Delta del Níger, algunos de los efectos más adversos tienen lugar durante las primeras fases de la cadena, la exploración y producción, pues son las que tienen más presencia en Nigeria. Para demostrar estos datos, Frynas refiere a un informe escrito por Bopp Van Dessel, antiguo jefe de estudios ambientales de Shell, es decir, un propio miembro de la compañía¹²¹⁸. En efecto, la quema de gas y sus emisiones han centrado gran parte de las protestas anti-petroleras. Este gas (“gas asociado”), un producto derivado del petróleo, contiene sustancias muy tóxicas, elementos cancerígenos y productos químicos dañinos para el entorno y los seres humanos¹²¹⁹. Según el Banco Mundial, la quema de gas en Nigeria que no genera energía apta para el uso “ha

¹²¹⁶ Antes del descubrimiento del petróleo, el país vivía de un sector agrícola bien establecido, exportando alimentos a los países industrializados. Tras décadas de presencia industrial extranjera, el país depende de en exclusiva del petróleo, aunque su población está sumida en la pobreza, según el PNUMA. Ver, para estos y otros datos, el informe elaborado por el PNUMA sobre los efectos ambientales en Ogoniland: UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011. Disponible en la página del PNUMA dedicada a Nigeria: <http://www.unep.org/nigeria/>. Para una panorámica sobre el severo impacto medioambiental de la petrolera en el Delta del Níger, ver también los informes de Amnistía Internacional: *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, 2009, índice AI: AFR/017/2009; *The true “tragedy”: delays and failures in tackling oil spills in Niger Delta*, 2011, índice AI: AFR 44/018/2011. Éste y otros informes sobre el país en el Centro de Documentación de la sección española: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VERPAG&PAG=formulario> [último acceso, 27/4/2012].

¹²¹⁷ FRYNAS, Jędrzej G., “The oil industry in Nigeria: Conflict between Oil Companies and Local People”, En: FRYNAS, J; PEGG S., (eds.): *Transnational Corporations and Human Rights*, EEUU: Palgrave Macmillan, 2003, p. 106.

¹²¹⁸ Ídem, pp. 107 y 108 entran en detalle en este informe.

¹²¹⁹ Ver Centre For Constitutional Rights y Earthrights International: *Shell’s Environmental Devastation in Nigeria*. Accesible en <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/wiwa-v.-royal-dutch-petroleum> [último acceso, 29/4/2012].

contribuido más a la emisión de gases de efecto invernadero que todas las demás fuentes en el África Subsahariana juntas”¹²²⁰. Documenta Human Rights Watch que, en 1969, el Gobierno de Nigeria intentó limitar los efectos de la contaminación por quema de gas, promulgando una ley que exigía a las compañías de petróleo establecer instalaciones para usar el “gas asociado” derivado de sus operaciones. La presión de las compañías petroleras limitó los efectos de esta regulación y, pese a las declaraciones de buenas intenciones de la propia Shell en 1999, las quemaduras de gases y la contaminación resultante han seguido formando parte del paisaje de la zona¹²²¹. En 2005, la Corte Federal de Nigeria declaró la quema de gases como una violación grave de los derechos humanos de las comunidades afectadas, lo que no impidió que, para diciembre de 2008, todavía hubiera más de 100 instalaciones de quema operando en Nigeria¹²²². Los gases tóxicos se han relacionado además con otras consecuencias severas, como la lluvia ácida que, según testimonios de las comunidades de la zona, ha corroído las planchas de metal usadas para techado. Human Rights Watch analizó el caso en su informe de 1999 y encontró casos pero ningún estudio que pudiera probar científicamente la relación entre los gases y este fenómeno, a excepción de uno, cerca de la localidad de Iko, que obligó a la compañía a cerrar la instalación después de la publicación de un informe que revelaba los hechos¹²²³. Ya en 1994, Greenpeace había denunciado que muchas de las instalaciones de quema de gas estaban situadas muy cerca de las aldeas y que en algunos puntos, la compañía había estado quemando gas durante las 24 horas del día durante treinta años¹²²⁴. La ONG recogió testimonios de personas afectadas, entre ellas del fundador del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSPO), Ken Saro-Wiwa, antes de que fuera ejecutado sin proceso en 1995, como se explicará después. El activista había denunciado reiteradamente que la quema de gas había “destrozado la vida salvaje, la flora, envenenado la atmósfera y, por lo tanto, a los habitantes de las áreas subyacente y dejado a los residentes medio sordos y propicios a enfermedades respiratorias”¹²²⁵.

Además de la quema de gas mencionada, otro motivo de contaminación importante son los vertidos de petróleo. En una investigación realizada a solicitud del Gobierno nigeriano¹²²⁶, el PNUMA

¹²²⁰ Centre For Constitutional Rights y Earthrights International: *Shell's Environmental Devastation in Nigeria*. op. Cit.

¹²²¹ Human Rights Watch. “The price of oil. Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria's producing oil Communities”, enero de 1999, p. 66.

¹²²² Centre For Constitutional Rights y Earthrights International: *Shell's Environmental Devastation in Nigeria*. op. Cit.

¹²²³ HRW. “The price of oil...” op. cit. p. 67. El informe referido es de Environmental Rights Action, “Shell in Iko” (Benin city: Environmental Rights Action, 1995).

¹²²⁴ Greenpeace International, “The environmental and social costs of living with Shell in Nigeria”, julio de 1994. Disponible en <http://archive.greenpeace.org/comms/ken/enviro.html> [último acceso/20/5/2012].

¹²²⁵ Greenpeace International, “The environmental and social costs...” cit. nota 26.

¹²²⁶ En 2006, el PNUMA recibió una solicitud formal del Gobierno de Nigeria de desarrollar una evaluación ambiental completa de los lugares impactados por la contaminación en la región de Ogoniland, con el objeto de recomendar

detectó en su investigación que los vertidos eran un hecho frecuente en Ogoniland¹²²⁷. Las causas de esta frecuencia están ligadas a las deficiencias en la gestión y mantenimiento de las instalaciones por parte de la compañía, tanto en la época del curso de las actividades como después de abandonarlas en 1993¹²²⁸. De hecho, según documenta Amnistía Internacional, en la década de 1990 se reconoció que la corrosión de las instalaciones era un grave problema en las infraestructuras del Delta del Níger en general. La antigüedad, la obsolescencia y falta de garantía de seguridad obligaron a la compañía a emprender, en 1995, un programa de reformas, después de reconocer que la corrosión era la causa del 50% de los vertidos de petróleo¹²²⁹. La falta de diligencia de la compañía, no obstante, se mantiene en la actualidad. En las zonas visitadas por el PNUMA a lo largo de 2011 (la investigación se limita a la región de Ogoniland¹²³⁰), todavía perduran instalaciones de Shell, que fueron abandonadas tras el cese de la actividad. Bocas de pozo, oleoductos y derechos de paso son parte del paisaje de la región. Los derechos de paso¹²³¹, en especial, requieren de un mantenimiento constante, pues están diseñados para evitar que, en caso de incendio de un oleoducto o de un derrame, éstos se extiendan directamente a las poblaciones cercanas. Sin embargo, el PNUMA detectó un severo abandono de las instalaciones visitadas y de derechos de paso. También advirtió, según recoge el informe, el preocupante hecho de una excesiva cercanía de asentamientos humanos respecto de las instalaciones. Esto supone un riesgo continuo para estas personas, que están expuestas a derrames de petróleo de los oleoductos y de los pozos de petróleo¹²³². El informe determinó que el estado de abandono en que la compañía ha dejado las instalaciones no cumple ni con los propios estándares internos de la entidad ni con los estándares internacionales de mejores prácticas¹²³³. A pesar de estas evidencias, la compañía sostiene que la mayoría de los vertidos se deben a actos de sabotaje y no a la deficiencia de sus infraestructuras. Las ONGs como Amnistía no niegan que se produzcan algunos actos de sabotaje o daños a las instalaciones durante intentos de robar algo de petróleo para venderlo en el mercado local, pero la dimensión del problema no está clara y no se puede atribuir toda la dimensión del problema a estos

acciones para remediar los daños. Dicha solicitud formaba parte de una iniciativa de paz y reconciliación en la región y dentro del Programa Marco para mejorar el desarrollo humano del Delta del Níger, liderado por Programa de NNUU para el desarrollo. Infor., Disponible en <http://www.unep.org/nigeria/>, “Mission objectives”.

¹²²⁷ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 167.

¹²²⁸ Shell abandonó las actividades en Ogoniland de manera abrupta en 1993. UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 99.

¹²²⁹ Amnistía Internacional, *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, op. cit. p. 17.

¹²³⁰ Ogoniland es una región de 1000 km² en el sudeste del Delta del Níger. Para ver un mapa de la localización, UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, pp 21 y 23, mapas 1 y 2.

¹²³¹ Los derechos de paso son conductos de tierra a lo largo de los oleoductos y en torno a otras instalaciones que son gestionados por las compañías para facilitar el acceso rutinario y un acceso rápido en caso de emergencia y para actuar de barrera en caso de vertido o incendio. Deben, por tanto, estar limpios y despejados.

¹²³² UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, pp. 96-7.

¹²³³ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, pp. 99.

actos¹²³⁴. De hecho, se ha creído que estas acusaciones responden a un intento de la compañía por intentar evitar el desarrollo de una investigación independiente en la zona y posibles indemnizaciones por daños¹²³⁵.

Muchos de los vertidos han tenido lugar en lugar de hábitat de pájaros, peces y otras especies salvajes, destruyendo la biodiversidad junto a un empobrecimiento de la población. Los vertidos destrozan las fuentes de agua locales que las personas usan para beber, cocinar, bañarse y pescar. También liberan vapores peligrosos a la atmósfera, a veces convirtiendo ciudades en lugares inhabitables y causando serias enfermedades a aquellas personas que no pueden cambiar su residencia. De hecho, el PNUMA documentó que, ante la ocurrencia de un vertido sobre tierra (otra cuestión son los vertidos en el mar, que también se han dado), se han identificado varios escenarios:

- a. No se toma acción de remedio, dejando la contaminación en el lugar y expuesta a los elementos.
- b. Se desencadena un incendio, matando la vegetación y dejando una costra en la superficie que imposibilita nueva vegetación o
- c. se intenta el remedio por atenuación natural antes de que comience el fuego.

El PNUMA detectó que la primera situación era rutinaria en Ogoniland. El crudo vertido se extendía a los terrenos adyacentes, más aún en caso de lluvias, penetrando el petróleo en granjas, estanques, ciénagas o arroyos. Cualquier cosecha o grano en la zona también padece los impactos así como las raíces, que se vuelven inútiles¹²³⁶. Por su parte, los procedimientos de remedio natural (RENA), a los cuales recurrió la compañía en otras ocasiones, no impiden que la localización continúe siendo una fuente de contaminación mediante los escurrimientos de agua de lluvia y que persista un nivel residual de contaminación. Durante el periodo de investigación del PNUMA no se produjo ningún incendio provocado por vertidos, aunque el informe reconoce que no es una situación poco común en la zona¹²³⁷.

Entre los vertidos más conocidos recientemente se encuentran el acaecido el 28 de agosto de 2008 en Bodo Creek, producido por una avería en el oleoducto Trans-Níger. El vertido estuvo contaminando la marisma y los canales durante semanas y no se solucionó hasta noviembre. Según cifras de la compañía, se vertieron lo equivalente a 1.640 barriles de crudo, aunque un estudio independiente menciona un abanico de entre 103.000 y 311.000 barriles¹²³⁸. Una ONG local que

¹²³⁴ Amnistía Internacional, *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, op. cit. p. 17

¹²³⁵ Ídem y Greenpeace International, "The environmental and social costs..." cit. notas 40-1.

¹²³⁶ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 167.

¹²³⁷ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 168.

¹²³⁸ "Shell's outrage", *Thenationonlineeng.net*, 29 de abril de 2012. Disponible en <http://www.thenationonlineeng.net/2011/index.php/editorial/44755-shell%E2%80%99s-outrage.html> [último acceso, 29/12/2012].

investigó el caso informó de los serios daños del vertido sobre algunas especies de peces que cubren necesidad alimentarias (de proteínas) en la localidad, lo que provocó una grave inseguridad alimentaria en la zona¹²³⁹. El caso ha motivado una denuncia de 11.000 nigerianos contra Shell ante el Tribunal Supremo de Inglaterra¹²⁴⁰ debido a la negligencia de la compañía por la tardanza en responder ante el suceso. El último vertido de gran impacto tuvo lugar el pasado diciembre de 2011. Según la propia compañía, más de 40.000 barriles de crudo se vertieron al mar como consecuencia de un accidente en la plataforma extracción Bonga, a 120 kilómetros de la costa nigeriana, siendo la peor catástrofe en la región en la década¹²⁴¹. El accidente afectó a las poblaciones costeras al dañar la pesca. En enero de este año, el presidente de Nigeria, Goodluck Jonathan afirmó que pronto buscará compensación de la compañía por la catástrofe¹²⁴².

El órgano de las Naciones Unidas también documentó daños severos sobre los recursos acuáticos. Detectó hidrocarburos en las capas superficiales de los arroyos¹²⁴³. La contaminación podía originarse por vertidos de petróleo, por barcos que transportaban crudo o por la refinería artesanal ilegal en la zona. El informe menciona que, a nivel internacional, no existen directrices específicas acerca de la presencia de hidrocarburos en la superficie del agua, y se limita a referir a las Directrices de la OMS para un medio acuático recreativo seguro¹²⁴⁴ que objeta la presencia de hidrocarburos en la superficie del agua por razones como el impacto estético, el olor y la posibilidad de absorción dérmica durante actividades como el baño¹²⁴⁵. Sí son relevantes, según recoge el documento, dos provisiones de las Directrices Ambientales y Estándares para la industria del Petróleo en Nigeria (EGASPIN)¹²⁴⁶, que regula este sector en el país: la Sección VIII, 2.11.3 (que trata sobre los procedimientos de limpieza y seguimiento en caso de vertidos de petróleo) y la Sección VIII 4.0 (que regula la actuación en caso de los vertidos ocurrieran por operaciones ilegales en las instalaciones). Los datos extraídos del informe demuestran que la compañía incumplió con estas provisiones¹²⁴⁷. La contaminación de este recurso, además de afectar directamente a la salud de los habitantes, ha mermado sus recursos económicos y alimentarios, poniendo así en riesgo su sustento y supervivencia. Los recursos acuáticos constituyen un patrimonio no sólo económico, sino

¹²³⁹ Amnistía Internacional, *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, op. cit. pp. 7-8.

¹²⁴⁰ “Nigerians sue Shell in London over Delta pollution”, Reuters, 23 de marzo de 2012.

¹²⁴¹ “Nigeria on alert as Shell announces worst oil spill in a decade”, The Guardian.co.uk. 22 Diciembre de 2011;

¹²⁴² “Nigeria to ask for compensation from Shell on Bonga Spill”, *Bloomberg Businessweek*, 30 enero, 2012.

¹²⁴³ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 169.

¹²⁴⁴ WHO, *Guidelines for safe recreational aquatic environments*. Disponible en http://www.who.int/water_sanitation_health/bathing/srwe1execsum/en/index4.html. [último acceso, 20/5/2012].

¹²⁴⁵ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 173.

¹²⁴⁶ Sobre este marco normativo en más detalle, ver UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, pp. 217 y ss; HRW. “The price of oil...” op. cit. pp. 50 y ss.

¹²⁴⁷ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, p. 174.

cultural, que suponen uno de los principales aspectos identitarios e históricos de la comunidad Ogoni. La pesca ha determinado históricamente los asentamientos humanos de esta comunidad, es una herencia que se transmite entre las generaciones y es, además, un elemento central de su economía. Constituye, por tanto una base esencial para la supervivencia física y cultural de esta población¹²⁴⁸. Todo este acervo se ha visto severamente dañado por la presencia de hidrocarburo en la zona. Huyendo de las aguas contaminadas, los peces abandonaron las zonas tradicionales de pesca, obligando con ello al desplazamiento de los pescadores. La población de peces también se vio mermada por la destrucción de su hábitat, los manglares, y de los ríos y riachuelos que, por la contaminación persistente, se volvía inútil para la pesca. Estos fenómenos han dañado severamente la economía de la zona y destruido pequeños negocios locales. Por último, los humedales (uno de los recursos naturales más importantes en el Delta del Níger) también han sufrido una degradación severa y, según concluye el informe, la restauración del funcionamiento efectivo de los ecosistemas sólo será posible de tomarse las medidas técnicas adecuadas con prontitud¹²⁴⁹.

Por último, tanto las ONGs como el PNUM han documentado los impactos negativos de la actividad petrolera sobre la salud de la población. Según el PNUNA, la comunidad Ogoni está expuesta a la presencia de hidrocarburo proveniente del petróleo en el aire, el agua usada para consumo y baño y el suelo. Mucha de la población ha estado expuesta a “contaminación crónica”, debido a que la esperanza de vida en Nigeria es menor de 50 años de edad. Entre los elementos más importantes de esta contaminación, se destaca la gravedad del asunto en la localidad Nisisikonen Ogale, donde las personas están consumiendo agua de pozos contaminadas con benceno (un conocido cancerígeno) a niveles que superan en 900 veces la cantidad permitida por las Directrices de la OMS¹²⁵⁰. Esta sustancia fue también detectada en otras zonas en diferentes niveles, aunque la OMS no considera ningún nivel de concentración seguro por sus características cancerígenas¹²⁵¹. En algunos casos, además, las aguas de consumo analizadas por la organización presentaban niveles de contaminación 1000 veces superiores a los del agua de consumo estándar en Nigeria. Aunque conscientes de esta realidad, los habitantes continúan usando esta agua ante la falta de alternativa¹²⁵².

El caso además es ilustrativo de la combinación de violaciones de derechos económicos sociales y

¹²⁴⁸ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, 2011, pp. 175 y 177.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 178-182.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 214-215.

¹²⁵¹ *Ibid.*, pp. 190-1.

¹²⁵² *Ibid.*, 2011, pp. 184, 187-8,

culturales (DESC) y derechos civiles y políticos en las regiones ricas en recursos naturales. Para defender sus beneficios y su modo de explotación agresivo contra el entorno y los seres humanos, las corporaciones pueden recurrir, con la complicidad de los Gobiernos, a métodos represivos contra los activistas y la población que protesta contra dicha actividad. En su mencionado estudio sobre el conflicto de Shell en Nigeria, Frynas deduce que las compañías petroleras estuvieron implicadas en violaciones de derechos humanos cometidos contra la población local¹²⁵³. Una causa histórica es que, a raíz del proceso de centralización política (producido en Nigeria a partir de la Guerra Civil de 1967 y 1970), las ETN obtuvieron el control operacional directo sobre las actividades diarias de las “joint venture” (empresas conjuntas) con las corporaciones estatales. Por lo tanto, tomaban las decisiones sobre aspectos como el desarrollo de operaciones o la gestión de instalaciones¹²⁵⁴. Esto afecta no sólo a decisiones operacionales que determina el impacto ambiental en la zona (como se ha descrito en detalle arriba) sino también decisiones respecto a la “seguridad” de las instalaciones, para protegerlas de actos de represalia o de protesta por parte de una población descontenta. En este sentido, se ha denunciado que el Gobierno nigeriano puso en numerosas ocasiones las fuerzas militares al servicio de la compañía, bien directamente para proteger las instalaciones o reprimiendo las protestas pacíficas que tenían lugar. Greenpeace denunció ya en 1994 (antes del punto de inflexión que supuso el asesinato de Saro-Wiwa y otros activistas) que para la fecha se habían producido “incontables manifestaciones contra las operaciones de Shell en el Delta, y no sólo por parte de los Ogoni”. En reacción, “la respuesta ha sido consistente, resultando en violencia militar contra los protestantes”.¹²⁵⁵ Uno de los episodios más cruentos hasta esa fecha, documentado por varias ONGs, fue el caso ocurrido en 1990 en Umuechmen, una localidad cercana a Ogoni, donde una manifestación pacífica acabó con unas ochenta personas asesinadas y casi 500 casas destruidas. La represión corrió a cargo de un grupo paramilitar controlado por el Gobierno y de reputada brutalidad y actos abuso de poder. Se trata de la 'Mobile Police Force', que intervino a petición explícita de la petrolera cuando tuvo conocimiento anticipado de la protesta¹²⁵⁶. Las exigencias de los manifestantes, en su mayoría jóvenes de la Comunidad Umuechmen, incluían la provisión de electricidad, agua, carreteras y otros medios de compensación por la contaminación

¹²⁵³ FRYNAS, Jędrzej G., “The oil industry in Nigeria: Conflict between Oil Companies and Local People” op. cit. p. 103.

¹²⁵⁴ *Ibidem*, p. 102.

¹²⁵⁵ Greenpeace. “The use of force against demonstrators”, en “The environmental and social costs of living with Shell”, op. cit.

¹²⁵⁶ Greenpeace. “The use of force against demonstrators”, op. cit. nota 71. Remite a una carta remitida por la compañía a la oficina de Policía antes de los hechos, titulada “Amenaza de interrupción de nuestras operaciones en Umuechmen por miembros de la Comunidad Umuechmen al Comisario de Policía. Port Harcourt, Shell Petroleum Development Company en Nigeria Ltd.; HWR, “The price of oil...”, op. cit. p. 112.

que había afectado a las cosechas y el abastecimiento de agua. La represión incluyó un primer ataque el 31 de octubre con armas de fuego y gas lacrimógeno y uno segundo, a las 5 de la mañana del día siguiente con disparos indiscriminados, en un intento de localizar a varios de los manifestantes. A pesar de que un informe de la Comisión Judicial de River State determinó que el grupo paramilitar había actuado desde un “desprecio respecto a la vida y la propiedad” y sin motivos, no se ha efectuado compensación alguna con las víctimas ni se llevó a los criminales ante la justicia¹²⁵⁷.

Pero el paradigma de la represión militar sobre los derechos civiles y políticos en el Delta del Níger se encuentra en el caso del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP) y el asesinato de su fundador, Ken Saro-Wiwa. Desde su fundación en 1990, este movimiento lideró una revuelta social en contra de la presencia de la petrolera, que tuvo su punto culmen en 1993. El 4 de enero de ese año, coincidiendo con el Año de la ONU por los Pueblos Indígenas del Mundo, el MOSOP condujo una marcha multitudinaria por las calles de Ogoni que fue seguida por, al menos, la mitad de la población. Según cuenta HRW, las movilizaciones duraron todo el año. Shell había retirado a su personal de Ogoniland en enero de ese año, al inicio de las protestas, y detuvo toda la producción de petróleo en la región a mediados de 1993, como respuesta a la presión social¹²⁵⁸. La marcha de Shell de la región no detuvo los ataques del gobierno militar contra la comunidad, que, más aún, se recrudeció contra los líderes activistas de la protesta, que también se oponían al régimen dictatorial. El Grupo de Tareas de Seguridad Interno de Rivers State, una unidad militar, fue creado en junio de 1994 para tratar de manera específica con la “crisis Ogoni”¹²⁵⁹. Ken Saro-Wiwa y otros líderes fueron detenidos varias veces. La represión se recrudeció después del asesinato, en mayo de 1994 de cuatro miembros ogoni (considerados como “pro-gubernamentales”) a manos de una muchedumbre en circunstancias no esclarecidas. Desde este momento, el Grupo de Tareas de Seguridad Interna llevó a cabo una cruenta persecución que, según documentó HRW en un informe del año siguiente, estuvo caracterizada por “abusos flagrantes de derechos humanos, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, disparos indiscriminados, arrestos y detenciones indiscriminadas, palizas, violaciones físicas, saqueos y extorsiones, que violan las obligaciones de Nigeria bajo el derecho internacional y su Constitución”¹²⁶⁰. Finalmente, en 1995, el gobierno

¹²⁵⁷ HWR, “The price of oil...”, op. cit. p. 112. notas al pie 85-6.

¹²⁵⁸ HWR, “The price of oil...”, op. cit. pp. 113 y ss, y cita la nota de prensa de SPCD “Nigeria Brief: the Ogoni Issue”, junio de 1995, en nota al pie 88.

¹²⁵⁹ HRW, “The price of oil...”, op. cit. p. 113.

¹²⁶⁰ HRW, “The Ogoni crisis: a case study of Military Repression in Southeastern Nigeria”. 1 julio 1995, disponible en http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6a7d8c.html#_ftnref12 [último acceso, 21/5/2012]

militar nigeriano ejecutó al escritor y activista Saro-Wiwa junto con otros ocho miembros de la comunidad ogoni por cometer, supuestamente, los asesinatos de mayo de 1994, tras un juicio que, como denuncia Amnistía Internacional, tuvo motivación política y careció de las debidas garantías.

¹²⁶¹ Un año después, el Centro de Derechos Constitucionales, Amigos de la Tierra y otras asociaciones, junto con miembros del pueblo ogoni, presentaron denuncias contra Shell en Estados Unidos bajo el ATCA¹²⁶². En 2009, la petrolera y los demandantes llegaron a un acuerdo de indemnización, aunque la empresa nunca reconoció su responsabilidad y consideró el pago como un “acto compasivo” humanitario¹²⁶³. Por otra parte, aunque Shell dejó de operar en Ogoni en 1993, sus efectos sobre el medio ambiente y la población aún perduran con intensidad.

3.4.2.3. El dictamen de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

En este complicado contexto surge la comunicación¹²⁶⁴ presentada en 1996 ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), por parte del Centro de Acción para los Derechos Económicos y Sociales (SERAC), establecida en Nigeria, y el Centro para los Derechos económicos y sociales (CESR), asociación estadounidense, contra el gobierno de Nigeria. Se le acusaba de haber violado directa e indirectamente una serie de derechos del pueblo Ogoni, entre ellos el derecho a disfrutar de un entorno satisfactorio. De manera directa, porque el gobierno participaba como socio mayoritario del consorcio con SPDC, estando envuelto en las operaciones extractivas causantes de la contaminación que provocó degradación ambiental y problemas de salud entre la población Ogoni¹²⁶⁵. Entre las acusaciones, los demandantes alegaron que las operaciones de explotación se llevaron a cabo “sin tener en consideración la salud o el medio ambiente de las comunidades locales” y vertiendo residuos en las aguas y el entorno “en violación de los estándares ambientales internacionales aplicables”¹²⁶⁶. De manera indirecta, por permitir y facilitar el Gobierno tales violaciones poniendo sus fuerzas legales y militares al servicio de la compañía petrolera y

¹²⁶¹ Saro-Wiwa fue miembro fundador y presidente del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP en inglés) y tuvo un papel fundamental en la redacción de la “Carta de Derechos del Pueblo Ogoni”, de 1990, en la que se denunciaba la presión que padecía la región. Amnistía Internacional, *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, op. cit. p. 3.

¹²⁶² El *Alien Tort Claims Act* es un estatuto de 1789 que permite a extranjeros presentar demandas contra empresas por violaciones de derechos humanos, aunque éstas tengan lugar fuera del territorio nacional. Esta ley ha permitido numerosas causas contra compañías transnacionales estadounidenses. Más información sobre el proceso en <http://www.ccrjustice.org/ourcases/current-cases/wiwa-v-royal-dutch-petroleum> [último acceso, 29/4/2012].

¹²⁶³ Amnistía Internacional, *Nigeria: petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, op. cit. p. 3.

¹²⁶⁴ Comunicación 155/96, disponible en la página Web de la CADHP, www.achpr.org.

¹²⁶⁵ Decisión de la ACHPR 2001, Summary of facts, párraf. 1.

¹²⁶⁶ Decisión de la ACHPR 2001, Summary of facts, párraf. 2.

faltando en su deber de controlar y supervisar las operaciones en marcha así como de exigir medidas de seguridad según los estándares establecidos en la industria y otras normas reconocidas

1267

a. El derecho a un medio ambiente sano y la Carta Africana

El fundamento de la comunicación contra Nigeria es la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos* (en adelante, la *Carta*¹²⁶⁸) que, en su artículo 24 establece que “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”, lo que ha sido interpretado por la comisión como la expresión del derecho a un medio ambiente sano o satisfactorio. Este punto de partida es relevante puesto que supone que la *Carta* africana incluye el derecho a un medio ambiente sano dentro del catálogo de derechos humanos (cuestión de mucho interés sobre la que no hay consenso a nivel internacional). Se hace por tanto pertinente referir con brevedad a la protección regional de los derechos humanos en África, en particular a la *Carta*. El sistema africano de derechos humanos fue el primer sistema regional en reconocer el derecho a un medio ambiente satisfactorio y la Comisión, la primera institución de este tipo en proclamar (a raíz de este caso) un significado sobre el contenido de este derecho¹²⁶⁹. Más aún, se ha considerado que la adopción de la *Carta Africana*, en 1981, permitió por primera vez la inclusión del derecho a un medio ambiente satisfactorio en un instrumento internacional de derechos humanos vinculante. Según apuntan van der Linde y Louw¹²⁷⁰, anteriormente la relación entre el medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos sólo aparecía en instrumentos internacionales de *soft law*, como por ejemplo la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 1968¹²⁷¹ o la Declaración de Estocolmo¹²⁷². Es por tanto, un instrumento revolucionario en este sentido ya que, como se ha afirmado, se trata de un asunto sobre el que la doctrina ni el sector del derecho internacional se pone de acuerdo. No hay espacio para profundizar en esta cuestión, pero sí en lo que sea referente a la *Carta Africana*. Una primera cuestión es la ambigüedad de la redacción del artículo. Éste dice: “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”. Los términos “entorno general” (*environment*) y “satisfactorio” (*satisfactory*) no quedan aclarados

¹²⁶⁷ Decisión de la ACHPR 2001, Summary of facts, párrafs. 3-6 y 50.

¹²⁶⁸ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenia.

¹²⁶⁹ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 180; Kaniye SA, “The right to a satisfactory environment”, *Afr. Hum. Rts L.J.*, 2003, pp. 169-170.

¹²⁷⁰ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 173.

¹²⁷¹ AGNU Res 2398 XXII

¹²⁷² Declaración sobre el Medio Humano, 1972, punto 1. Ver, al respecto, LÁZARO CALVO, T. op. cit. p. 147.

con la lectura del texto, un aspecto que puede ser positivo (puesto que permite una lectura amplia del mismo) o negativo (si se da, por el contrario, una lectura restrictiva)¹²⁷³. La decisión de la Comisión en 2001 era esperada con anhelo precisamente para que diera respuesta a este interrogante. Aunque no dio una clave inconfundible (como se verán al analizar la decisión), la Comisión sí entra en las obligaciones que el Estado contrae en virtud de dicho artículo. Desde la perspectiva de los derechos humanos, el derecho al medio ambiente recoge las características de los derechos civiles y políticos junto a las de los derechos económicos y sociales (DESC). Esto significa que las obligaciones correlativas para el Estado (como protector y garante de este derecho) son, por un lado, negativas (deber de abstenerse de actuar de modo que se vulnere este derecho) y, por el otro, positivas (en tanto que tiene el deber de actuar para garantizar la realización y cumplimiento progresivo de este derecho). Esta segunda dimensión incluye las obligaciones de proteger el medio ambiente, prevenir la contaminación e intentar mejorar la calidad medioambiental. La Comisión recogió estos distintos 'niveles de responsabilidad' subrayando (y esto es relevante) la ausencia de jerarquía entre ellos, es decir, que están en un plano de igualdad¹²⁷⁴.

Otro aspecto del carácter vanguardista de la Carta Africana, estrechamente relacionado con los derechos ambientales, es el carácter “colectivo” que incorpora a la protección de los derechos humanos (y que se denota claramente en la yuxtaposición del título “y de los pueblos”). Como apunta el profesor Viljoen, esta perspectiva se contrapone al discurso occidental dominante del individualismo, por el que los instrumentos de derechos humanos postulan un individuo independiente y autónomo, “que está preparado, en última instancia, para disociarse de los otros y entrar en batalla legal con la colectividad (el Estado)”. Frente a este marco conceptual, “La Carta Africana trata al ser humano de ambas maneras, como un individuo y como un miembro del colectivo (el 'pueblo')”¹²⁷⁵. Esta interpretación sobre la confrontación de los discursos individualista/colectivo parece apropiada. Es además relevante para el caso por el vínculo que tiene con los derechos relacionados con el medio ambiente. De este modo, afirma Viljoen, en general, “cada individuo” es portador de derechos bajo la Carta africana y, sobre ello, el aspecto comunitario se enfatiza en los derechos garantizados a “los pueblos”¹²⁷⁶, que aparece, por ejemplo, en el art. 24 que recoge el derecho a un ambiente satisfactorio. El debate sobre la naturaleza de un posible

¹²⁷³ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 174.

¹²⁷⁴ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 175; Decisión de la ACHPR 2001, párrafs. 43-7.

¹²⁷⁵ VILJOEN, Fran. “Africa’s contribution to the development of international human rights and humanitarian law”, *Afr. Hum. Rts L.J.* 2001, vol 1. p. 20. [Traducciones propias].

¹²⁷⁶ VILJOEN, F. “Africa’s contribution to the development...” op. cit. p. 20. El autor también añade como referente de esta dimensión comunitaria el reconocimiento de la familia como “la unidad natural y base de la sociedad”.

derecho a un medio ambiente sano (si es de titularidad individual y disfrute colectivo o del todo colectivo) no se puede tratar en esta sede, pero sí ha de quedar enfatizada esta relación que se establece en la Carta Africana entre la visión colectiva de los derechos humanos y la fuerte protección del medio ambiente que se pretende construir. Esta interrelación se conecta además con otra particularidad del sistema africano de derechos humanos, partiendo de su Carta fundacional. A diferencia, una vez más, de Occidente, el texto africano no establece jerarquías entre los derechos civiles y políticos y los DESC. Mientras que, según apunta parte de la doctrina, en el ámbito de las naciones unidas ambas categorías de derechos fueron separadas en dos convenciones diferentes, la Convención sobre los derechos civiles y políticos y la convención sobre los derechos económicos, sociales y culturales (aunque firmadas en el mismo año, con diferente fuerza de implementación), la Carta Africana no distingue entre el valor o aplicabilidad de aquellos. Es más, reconoce su necesaria interdependencia, en tanto que “los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad”, y que la satisfacción de éstos “constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”¹²⁷⁷. Lo cual no resta que, como explica el jurista Chidi Anselm, la negociación de la Carta no fuera testigo de esa disputa ideológica, subyacente al conflicto de la Guerra Fría, y que se manifestaba a través de los múltiples intereses que reflejaban sistemas ideológicos y de creencias en conflicto¹²⁷⁸.

b. La Decisión de la CADHP

Partiendo de la base de que el sistema africano reconoce el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano y que, por lo tanto, está protegido por un instrumento internacional de derechos humanos (la *Carta*), se puede precisar que este caso puede seguir enmarcado en la tendencia normativa a reconocer obligaciones estatales de proteger el medio ambiente interno. En este caso, se trata de una proyección de dicha tendencia normativa, la que influye sobre la protección de los derechos humanos. De hecho, aunque la Comisión admite que se ha incurrido en una violación del art. 24 (el derecho a un entorno ambiental satisfactorio) lo hace en el contexto de la violación de otros derechos, algunos de ellos en estrecha relación con la protección del medio ambiente, como el derecho a la integridad física (art. 4 de la *Carta*), a la salud (art. 16), a la posesión de los recursos naturales por el pueblo (art. 21)¹²⁷⁹ o a la alimentación, implícito en la Carta a través de los derechos

¹²⁷⁷ *Carta Africana*, párraf 6. Ver VILJOEN, F. “Africa’s contribution to the development..” op. cit. p. 21, ANSELM ODINKALU, Chidi. “Implementing the cultural, social and economic rights under the African Charter on Human and People’s Rights”, En: EVANS, Malcom D., MURRAY, Rachel (eds.) *The African Charter on Human and People’s Rights: the system in practice, 1986-2000*. New York: Cambridge University Press, 2002.p. 181.

¹²⁷⁸ ANSELM ODINKALU, C. “Implementing the cultural, social and economic rights” op. cit. p. 21.

¹²⁷⁹ En concreto, los comunicantes denunciaron violación de los arts. 2,4,14,16,18(1), 21 y 24 de la Carta.

mencionados (un aspecto que hace de esta sentencia vanguardista en la materia¹²⁸⁰). Más aún, los derechos 21 y 24 (salud y medio ambiente) habían sido presentados casi en interconexión en la comunicación contra Nigeria. El escrito aseguraba que el Gobierno de Nigeria había violado ambos artículos al no cumplir con las obligaciones mínimas derivadas de ellos. Este incumplimiento se manifestó en haber participado en la contaminación que había dañado la salud de la población; en no haber protegido a la comunidad Ogoni del daño causado por el consorcio y, por el contrario, haber usado las fuerzas de seguridad para facilitar el daño, y en no haber provisto o permitido las evaluaciones de los posibles impactos ambientales y sobre la salud de las actividades¹²⁸¹. A partir de los derechos 21 y 24, la Comisión reconoce de manera tajante la relación entre “la importancia de un medio ambiente sano y limpio” y los derechos económicos y sociales, “en tanto que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo”. Acto seguido, cita a Alexander Kiss afirmando que “Un medio ambiente degradado por la contaminación y desfigurado por la destrucción de toda belleza y variedad es tan contrario a unas condiciones de vida satisfactorias y el desarrollo de la personalidad como el colapso del equilibrio ecológico fundamental es perjudicial para la salud física y moral”¹²⁸².

Es en base a esta relación que, “por lo tanto”, la Comisión considera que el derecho a un entorno general satisfactorio (art. 24 de la *Carta*), o el derecho a un medio ambiente sano (“como está ampliamente reconocido”), impone “claras obligaciones” a un Gobierno. Aquí la Comisión suscribe la opinión sobre la naturaleza dicotómica de los derechos humanos descrita arriba por van der Linde y Louw: acarrear obligaciones positivas y negativas. Respecto a las primeras, el derecho al medio ambiente requiere a los Estados el deber de “tomar las medidas razonables y otras para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, para promover la conservación y asegurar un desarrollo ecológicamente sostenible”¹²⁸³. En este punto, la Comisión apela al l art. 12 del *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*¹²⁸⁴, del que el Estado es parte. Según el laudo, este convenio requiere a los Gobiernos “tomar los pasos necesarios para la mejora de todos los aspectos de higiene industrial y medioambiental”¹²⁸⁵ Esta obligación de prevención se traduce

¹²⁸⁰ Una valoración y análisis del caso disponible en RED-DESC, disponible en http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404115&attribLang_id=13441 [último acceso, 27/4/2012].

¹²⁸¹ Decisión de la ACHPR 200, párraf. 50.

¹²⁸² Decisión de la ACHPR 200, párraf. 51.

¹²⁸³ Decisión de la ACHPR 200, párraf. 52.

¹²⁸⁴ Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde enero de 1976. En la actualidad, 160 Estados son parte de este convenio. Fuente <http://treaties.un.org/> [última consulta, 27/4/2012].

¹²⁸⁵ Decisión de la ACHPR 2001, párraf. 52. El art. 12 establece que los Estados “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y entre las medidas que deberán adoptar “a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”, figuran las necesarias para “el mejoramiento en todos sus aspectos de

también en el deber de realizar o permitir un seguimiento independiente de los ambientes amenazados, mediante la exigencia de evaluaciones de impacto ambiental y social con carácter previo a los proyectos de desarrollo industrial mayor¹²⁸⁶ (he aquí, la obligación de EIA descrita en la debida diligencia). La vertiente negativa de esas obligaciones se traduce en el deber de respeto de estos derechos, que consiste en que los Gobiernos deben “desistir de amenazar directamente al salud y el entorno de sus ciudadanos”. Esto implica en gran medida una conducta no intervencionista por parte del Estado; “por ejemplo, desistir de llevar a cabo, patrocinar o tolerar ninguna práctica, política o medidas legales que violen la integridad del individuo”¹²⁸⁷.

Esta clasificación dual de las obligaciones correlativas al derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud es coherente con el plano de los cuatro niveles de obligaciones que la Comisión reconoce respecto a los derechos humanos, y que explica al inicio de sus argumentos: deber de respetar, proteger, promover y satisfacer. El primero es de naturaleza negativa (el Estado debe abstenerse de violar tales derechos) y los otros tres de carácter positivo, que implican deberes como la creación de un marco legal y político que garantice el disfrute de los derechos y la existencia de mecanismos de remedio cuando han sido violados. El Estado adquiere un compromiso positivo de poner en marcha su maquinaria estatal para lograr la realización efectiva de los derechos reconocidos¹²⁸⁸. En este sentido, los magistrados hacen referencia a la responsabilidad de los Estados sobre las acciones de actores privados (no estatales) bajo su territorio o jurisdicción. Es un deber de debida diligencia pero dentro de su territorio. En este aspecto, la decisión se centra en un derecho muy vinculado al medio ambiente, el derecho de los pueblos de disponer libremente de sus recursos naturales (art. 21)¹²⁸⁹. Esta provisión, cuyo origen se remonta hasta la época del colonialismo¹²⁹⁰ (un aspecto que estuvo muy presente en la elaboración de la Carta) pretende proteger el uso local de los recursos naturales de su explotación y expolio por parte de las compañías. La Comisión interpreta que, en virtud de este derecho, los Gobiernos tienen el deber de proteger a sus ciudadanos, no sólo mediante las medidas legislativas y administrativas competentes, sino también previniendo posibles violaciones por partes privadas¹²⁹¹. Analizando los hechos, la

la higiene en el trabajo y *del medio ambiente*” (12.2.b.) [cursivas añadidas].

¹²⁸⁶ Decisión de la ACHPR 2001, párraf. 53.

¹²⁸⁷ Decisión de la ACHPR 2001, párraf. 52 [Traducciones propias].

¹²⁸⁸ Decisión de la ACHPR 2001, párrafs. 43-7.

¹²⁸⁹ Aunque en este trabajo no hay espacio para tratar todos elementos de este complejo problema, cabe mencionar la importancia del “Land use act”, una ley aprobada en 1978 que modificó la posición legal de la posesión de la tierra. La ley permite a los gobiernos estatales adquirir las tierras en nombre de las compañías de petróleo y recabar el dinero de la cesión, que antes iba directamente a la población. Esta ley ha sido objeto de parte de las campañas anti-petroleras en el país. Ver FRYNAS, Jędrzej George, “The Oil industry in Nigeria...” op. cit. p 102.

¹²⁹⁰ Decisión de la ACHPR 2001, párraf. 56.

¹²⁹¹ La decisión se apoya en el caso Comisión Nacional de los Derechos del Hombre y las Libertades c. Chad, 2000, en

Comisión deduce que el Gobierno de Nigeria había incumplido sus obligaciones de vigilar el respeto de los derechos por parte de los actores privados al “dar luz verde” a las compañías de petróleo “para afectar de manera devastadora el bienestar de los Ogoni”. Ello supone violación de las obligaciones de la *Carta* y de “los principios internacionales establecidos” y “desde cualquier estándar de medida, no alcanza la conducta mínima esperada de los Gobiernos”¹²⁹².

De manera muy innovadora, la Comisión acepta la alegación de la comunicación de que el Gobierno de Nigeria también había violado el derecho a la alimentación, implícito en la *Carta* mediante las provisiones de derecho a la salud, a la vida y al desarrollo económico, social y cultural (art. 22). El texto reconoce que el contenido mínimo de este derecho requiere que el Gobierno no debería destruir o contaminar las fuentes de alimento ni permitir a las partes privadas hacerlo. Finalmente, considera que el tratamiento del Gobierno hacia los Ogoni las tres mínimas obligaciones del derecho a la alimentación: ha destruido las fuentes de alimento mediante sus fuerzas de seguridad y mediante la compañía petrolera estatal (parte del consorcio con Shell); ha permitido a las compañías privadas destruir las fuentes de alimento y, mediante el terror, ha creado serios obstáculos a las comunidades ogoni para que traten de alimentarse por sí mismas. Finaliza el argumento asertando: “El gobierno de Nigeria de nuevo no ha cumplido con lo que se espera bajo las provisiones de la *Carta* africana y los estándares internacionales de derechos humanos y, por lo tanto, está en violación del derecho al alimento de los Ogoni”¹²⁹³.

En definitiva, la Comisión encuentra que, junto al resto de artículos mencionados arriba, el Gobierno de Nigeria ha violado el artículo 24 de la *Carta* y, por lo tanto, llama al gobierno a asegurar “la protección del ambiente, salud y estilo de vida del pueblo de Ogoniland”. Entre las medidas que recoge para este fin, incluye llevar a cabo una limpieza de las tierras y ríos dañadas por las operaciones de petróleo; asegurar que se preparan evaluaciones de impacto ambiental y social para cualquier futuro desarrollo petrolífero y que se garantiza la seguridad de las operaciones mediante cuerpos independientes de supervisión; proveer información sobre los riesgos al medio ambiente y la salud y, por último, incluir a las comunidades potencialmente afectadas por las operaciones en los cuerpos de regulación y de toma de decisiones respecto a las mismas¹²⁹⁴.

AHRLR 66A [ACHPR 1995]) y en los caso Rodríguez c. Honduras en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y X y Y c. Holanda, de la Corte Europea de Derechos Humanos. Decisión de la ACHPR 2001, párraf. 57.

¹²⁹² Decisión de la ACHPR 2001, párrafs. 57-8.

¹²⁹³ Decisión de la ACHPR 2001, párrafs. 64-6.

¹²⁹⁴ Decisión de la ACHPR 2001, párrafs. 70-1.

c. El alcance de la decisión

Como afirmaban Linde y Louw, este dictamen supone la primera ocasión en que la Comisión Africana proclama un significado sobre el contenido del derecho a un ambiente satisfactorio, aunque el sistema regional africano presenta antecedentes sobre el contenido esencial de este derecho¹²⁹⁵. Con su decisión, la Comisión despejó cualquier duda sobre la importancia de este derecho para la protección del ser humano, del entorno y de la relación entre ambos. El precedente que sienta no es baladí, pues se produce mediante un mecanismo regional de demandas que proclama firmemente la violación de un derecho y asimismo hace recomendaciones para el remedio de la situación en la región¹²⁹⁶. Por otra parte, dichas recomendaciones conforman una relación de los aspectos procedimentales y sustantivos que conforman el derecho al ambiente sano. Entre los primeros, se encuentran el derecho al acceso a la información ambiental o la información sobre los posibles riesgos de las actividades en proyección, o el derecho procesal a que el caso de una víctima sea escuchado. Entre los segundos, la obligación del Estado de prevenir la contaminación y de promocionar la conservación y el desarrollo sostenible. Tales obligaciones reflejan también los valores contenidos en principios ambientales internacionales tales como el principio preventivo o el de deber de proteger¹²⁹⁷. Aunque es cierto que la Comisión Africana no es un organismo judicial y por tanto sus decisiones no son vinculantes como serían las de una Corte, esto no significa que carezcan de valor. Algunos autores han definido la Comisión como un órgano “casi judicial”¹²⁹⁸, investido además de autoridad legal por parte de los Gobiernos y otros miembros de la comunidad internacional. Sin olvidar que su creación surge de un acuerdo entre Estados¹²⁹⁹.

Resulta a este respecto interesante apuntar los esfuerzos que el sistema regional africano (primero con la Organización para la Unidad Africana y desde 2002 con la Unión Africana – UA) ha prestado hacia la protección del medio ambiente, por medio de mecanismos de “soft law” así como derecho convencional¹³⁰⁰. Destaca la *Convención Africana sobre la Naturaleza y los Recursos Naturales*

¹²⁹⁵ Los autores mencionan la Convención Africana sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, de 1968. van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 174.

¹²⁹⁶ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 177.

¹²⁹⁷ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 178 y cita a KIDD, M. *Environmental Law: A South African Perspective*.

¹²⁹⁸ van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p. 180; Kaniye SA, “The right to a satisfactory environment”, *Afr. Hum. Rts L.J.*, 2003, p. 165.

¹²⁹⁹ La Comisión Africana se creó en 1987 en virtud del artículo 30 de la Carta. La Carta Africana ha sido ratificada por todos los Estados miembro de la Unión Africana.

¹³⁰⁰ Ver van der LINDE, “A review of the African Convention on Nature and Natural Resources”, *Afr. Hum. Rts L.J.*, 2002, pp. 33 y ss. A nivel de soft law destacan las aproximadamente 90 resoluciones acerca del medio ambiente emitidas entre 1968 y 2004, así como las dos Posiciones Comunes sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (1992 y sobre Desastres Naturales (1994). En cuanto a fuentes convencionales, destaca la Convención Africana sobre la Naturaleza y los Recursos Naturales (1968) revisada en 2003, así como la Convención de Bamako para la

adoptada en 1968 y revisada en 2003. La versión original ya establecía como “principio fundamental” que todos los Estados debían “adoptar las medidas necesarias para asegurar la conservación, uso y desarrollo del suelo, agua, flora y recursos de fauna”¹³⁰¹. En la versión revisada de 2003, este principio se mantiene, si bien cristalizado en los “objetivos” y “principios” del texto. Los primeros (art. II) se resumen en una tríada de protección, conservación y coordinación de políticas con miras a lograr el objetivo de desarrollo sostenible. Para lograr tales fines, se adoptan como principios (art. III) el derecho a un medio ambiente sano favorable al desarrollo; el deber de los Estados de proteger dicho derecho a nivel individual y colectivo, y la obligación de hacerlo de manera equitativa, justa y sostenible. El texto incorpora dentro de la “obligación fundamental” los principios de prevención y precaución así como el respeto a la equidad intergeneracional (art. IV). Este documento constata que el sistema africano reconoce que los Estados tienen obligaciones encaminadas a la protección del medio ambiente dentro de sus propios territorios. Si bien es de lamentar que la Comisión Africana de derechos Humanos y de los Pueblos no haya mencionado explícitamente este instrumento en su decisión contra Nigeria¹³⁰², es al menos visible que hay una coherencia de perspectivas y objetivos con este marco normativo.

Conclusiones Parte II

Como se ha intentado mostrar a lo largo de esta segunda parte, el derecho internacional del medio ambiente es un sector que, pese a su “juventud” y su constante evolución, dispone de algunas herramientas más o menos consolidadas que pueden allanar el camino hacia una mejor regulación de la actividad de las empresas transnacionales. Dicho camino, además de incrementar la protección de la naturaleza, puede contribuir a garantizar el ejercicio de algunos derechos humanos que, sobre todo en determinadas circunstancias, están muy vinculados con el medio ambiente.

De la primera sección, sobre las normas y principios del derecho internacional del medio ambiente, las conclusiones que se extraen son las siguientes:

1. En la actualidad, la doctrina coincide en reconocer consolidados dos principios de esta rama del derecho internacional: el principio de prevención y el de cooperación. Son, por así decirlo, la “armadura” de este sector del derecho. Del principio de cooperación y su conexión

prohibición de la importación a África y el Control de los Movimientos Transfronterizos y Gestión de los Residuos Tóxicos y Peligrosos (1991).

¹³⁰¹ African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources. Art. II [Traducción propia].

¹³⁰² Algo que habría ayudado en el análisis del contenido sustantivo del derecho a un ambiente satisfactorio. van der LINDE, M.; LOUW, L., “Considering the interpretation...” op. cit. p.179.

con la solidaridad surge el principio de responsabilidad común pero diferenciada que, pese a estar recogido en numerosos tratados internacionales, no cuenta con el estatus de los anteriores (aunque sí en otros sectores como el del derecho internacional comercial, en su versión de principio de trato desigual).

2. Junto a los anteriores, hay otros principios que, pese a no contar con una aceptación unánime, están incluidos en importantes instrumentos de derecho internacional del medio ambiente e influyen en este sector. Son el principio de precaución y el principio de desarrollo sostenible. El primero, uno de cuyos elementos es la inversión de la carga de la prueba, tiene relación con uno de los “problemas” que presentan los litigios relacionados con asuntos ambientales, la relación de causalidad. Éste es un elemento esencial de la responsabilidad internacional, pero en ocasiones difícil de identificar debido a la naturaleza de los fenómenos de contaminación. Respecto al segundo, se considera más bien como un objetivo o principio guía para las acciones de los Estados. Junto al principio preventivo, el desarrollo sostenible contribuye a impulsar la tendencia normativa a limitar la contaminación intra-fronteriza desde el derecho internacional, añadiendo a la noción de desarrollo los ingredientes de sostenibilidad social y ambiental.

3. Por otra parte, actualmente se reconocen dos normas consuetudinarias del DIMA: la norma de no causar daño ambiental transfronterizo y la de realizar una evaluación de impacto ambiental (EIA) de actividades que puedan causar dicho daño. La primera, surgida de la aplicación del principio *sic utere tuo* al sector del medio ambiente y del principio de prevención al ámbito transfronterizo, se concreta en el deber de debida diligencia. Se trata de un deber de comportamiento y no de resultado, de modo que las actividades sujetas a la diligencia de los Estados no están prohibidas *per se*, sino que, por su peligrosidad o posibles efectos, deben ser objeto de ciertas medidas que dan cuerpo a esa obligación de debida diligencia.

De este modo, una de las vías por las que se puede aplicar los principios y normas del derecho internacional a las corporaciones es a través de la obligación de debida diligencia de los Estados, que es el responsable de controlar que las actividades bajo su jurisdicción (aunque sean ejercidas por entidades privadas) cumplan con los parámetros exigidos a nivel internacional. En esta *responsabilidad in vigilando* el ámbito más consolidado es el referido a la contaminación transfronteriza, del que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La doctrina divide las obligaciones de debida diligencia en tres tipos de deberes: el de evaluar los daños o riesgos de las actividades (EIA), el de informar y notificar a las partes posiblemente afectadas y el de consultar y negociar con éstas para llegar a una solución equitativa. Esta última obligación no implica, por lo que se ha interpretado, un derecho de veto del Estado que es consultado, sino la obligación del otro (el que vaya a realizar o autorizar la actividad) de iniciar ese procedimiento de negociación y consulta con buena fe.
2. Visto lo anterior, no obsta para puntualizar que el deber de debida diligencia no es un cuerpo de normas estático. La evolución del derecho internacional y de la propia actividad humana hacen de este deber un objeto cambiante y, por tanto, parte de un continuo debate.
3. A ello se suma el carácter flexible de la debida diligencia. El grado en que se exige su cumplimiento tiene un componente casuístico, donde intervienen, entre otras cuestiones, las capacidades jurídicas y materiales del Estado. Se podría considerar una aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada.
4. No obstante, este carácter flexible se matiza con la existencia de estándares internacionales o “eco-estándares” que aportan contenido a la norma y establecen, en ocasiones, unos parámetros de mínimos pero de obligado cumplimiento. Se pueden entender como normas recogidas en tratados internacionales u otros instrumentos internacionales, o bien surgidas de un consenso general de los Estados, donde son el germen de una norma consuetudinaria.

A pesar de la importancia de la regulación de la contaminación transfronteriza, este ámbito no da solución a muchas de las situaciones que, sin tener este carácter interestatal, supone un deterioro medioambiental grave e implica, en la mayoría de las situaciones, casos de vulneraciones de derechos humanos que resultan de esta contaminación. Al analizar qué alternativas ofrecía el derecho internacional a esta problemática, se ha observado que existen indicios de una tendencia normativa de los Estados a vincularse a obligaciones internacionales dirigidas a prevenir la contaminación dentro de su propio territorio. Esta tendencia se observa en diferentes tratados internacionales que contienen provisiones destinadas a conservar la naturaleza, especies o espacios protegidos o la diversidad biológica. Dicha tendencia parece apuntar que, tal y como le ocurriera a la protección de los derechos humanos en su momento, la prevención de la contaminación dentro de los Estados comienza a dejar de ser un reducto exclusivo de la jurisdicción nacional para pasar al acervo de “lo que preocupa” al derecho internacional del medio ambiente. Más allá de la cuestión medioambiental, dicha tendencia puede tener un impacto positivo en la protección de los derechos

humanos, expuestos a una situación de vulnerabilidad en determinadas circunstancias donde, por ejemplo, se combina una regulación estatal poco exigente o difícil de aplicar por falta de medios con unos gruesos intereses económicos en juego. De este modo se alcanza la conexión entre la protección ambiental y los derechos humanos, de la que se destaca que:

1. Las conexiones entre el medio ambiente y los derechos humanos no es novedad, pues ya han sido objeto de informes en el seno de la ONU y por parte de la doctrina.
2. Esta relación se observa desde diferentes perspectivas. De un lado, se considera que la protección ambiental es un elemento esencial del disfrute de ciertos derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales. Tal es la perspectiva, por ejemplo, mostrada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, se aboga por desarrollar los “derechos ambientales”, entendiendo estos como derechos procedimentales (información, participación, consentimiento libre, previo e informado) aplicados al medio ambiente. Por último, hay un importante sector que defiende el reconocimiento de un derecho humano al medio ambiente sano.
3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece mostrar una tendencia a reconocer la primera de las alternativas, vinculando casos de contaminación a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar. La Corte y la Comisión Interamericanas, aunque de manera más tímida, parecen dar pasos en este sentido, con más claridad cuando hay involucrados derechos de los pueblos indígenas. Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dio un paso importante al considerar que Nigeria había violado el art. 24 que recogía el derecho a un medio ambiente sano, por no prevenir la degradación ambiental causada por la empresa Shell. Relacionó además las consecuencias de esta contaminación con la vulneración de determinados derechos fundamentales recogidos en la Carta Africana.
4. Por todo ello, se observa que hay bastantes ingredientes para avanzar en este camino, asumiendo que la protección de determinados derechos humanos requiere poner límites a la degradación ambiental y que, de este modo, ambas áreas se benefician mutuamente. Es de desear que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ahonde en esta tendencia y que otros sistemas de protección de derechos humanos sigan un camino similar, pero puede afirmarse que, cuanto menos, hay bases para ello.

Conclusiones finales

El objetivo de este trabajo era presentar las bases de una opción para reforzar la aplicación del derecho internacional del medio ambiente sobre las empresas multinacionales cuya actividad afecta a los derechos humanos a través de la degradación del medio ambiente. A lo largo de este recorrido se han encontrado diversos interrogantes y obstáculos, algunos de los cuales han permitido arrojar tímidas conclusiones mientras que otros siguen siendo cuestiones por resolver. Como cualquier trabajo de investigación, sería positivo que motivara el desarrollo de nuevas líneas de trabajo o que, al menos, sugiriese al lector o lectora alguna inquietud o pregunta que les llevase a indagar más en el ámbito de las empresas multinacionales y su relación con los derechos humanos y el medio ambiente. De entrada, se pueden esbozar algunos de los puntos (conclusiones y problemas abiertos) que se pueden destacar de la presente investigación:

I. Las empresas multinacionales ejercen actualmente un papel primordial en la esfera internacional. Esta influencia no sólo alcanza al ámbito económico (donde en muchas ocasiones se han convertido en “agentes” del crecimiento de países en vías de desarrollo a través de instituciones financieras internacionales) sino también en el político y en el del derecho internacional, participando de manera parcial en la producción normativa.

II. Este creciente protagonismo ha sido determinante para que se reconozca un proceso de cambio en el derecho internacional: ya no sólo los Estados han dejado de ser sujetos internacionales exclusivos, sino que además contraen importantes relaciones contractuales con entidades privadas como son las corporaciones. Muchos autores han defendido que dichos “contratos” están regidos por el derecho internacional y que contienen cláusulas que reconocen derechos a las entidades a los que se subordinan los intereses del Estado parte. Además, alegan que los procesos de arbitraje internacional establecidos para solucionar las controversias ubican al Estado y a la entidad en un plano casi de igualdad. Estas razones han valido para que una parte de la doctrina reclame el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de estas entidades.

III. Aunque el debate en torno al estatus jurídico internacional de las corporaciones no esté resuelto, no cabe duda de que tienen una gran influencia sobre el devenir político y social de los países en los que invierten. En su mayoría, los Estados receptores están en vía de desarrollo y requieren de una inversión extranjera, lo que les hace conceder condiciones

especiales (o privilegios) a las corporaciones con objeto de “atraer” la inversión. Esta “supeditación” por motivos económicos queda reflejada en las características de los llamados Contratos de Estados, suscritos en el marco de tratados bilaterales de inversión, que incluyen cláusulas destinadas a proteger los intereses de la inversión frente a los del Estado. Un claro ejemplo son las cláusulas de estabilización, que blindan el contrato ante posibles cambios legislativos (que pueden venir, por ejemplo, de la adhesión del Estado a un tratado internacional de derechos humanos o de protección ambiental, o motivados por políticas de desarrollo social).

IV. Consecuencia de lo anterior es que hay una tensión no resuelta entre el derecho internacional de inversiones y el de los derechos humanos. Sobre el terreno, significa que los Estados tienen a veces serias dificultades (cuando no falta de voluntad) para controlar las actividades de las empresas extranjeras sobre su territorio. Actividades que implican una fuerte interacción con el entorno natural y la población local, conllevando en muchas ocasiones diferentes vulneraciones de derechos humanos.

V. El análisis de esta situación se puede conducir desde varios enfoques, uno de los cuales es la interacción entre los derechos humanos y el medio ambiente, pues muchos de los casos en que peligran los derechos fundamentales están relacionados con la exploración y explotación de recursos naturales.

VI. En esta línea, y dado que aún no está resuelto el debate sobre la personalidad jurídica internacional de las empresas transnacionales, la opción más consolidada es la de la aplicación de las normas internacionales a través de la responsabilidad in vigilando de los Estados, es decir, el deber de controlar que las actividades de actores privados bajo su jurisdicción no contravengan el derecho internacional.

VII. Desde esta perspectiva, el derecho internacional, que ha experimentado una constante evolución desde la Conferencia sobre el Medio Humano de Estocolmo en el siglo pasado, ofrece una serie de herramientas normativas (y de principios) encaminadas a proteger y preservar el medio ambiente. Estando consolidados los principios de prevención y cooperación como principios generales del derecho internacional, hay otros emergentes que tienen gran influencia en instrumentos internacionales y acciones políticas de los Estados: el principio de precaución y el concepto de desarrollo sostenible.

VIII. El desarrollo de los dos últimos conceptos (sobre todo el de desarrollo sostenible,

aunque cada vez más la perspectiva precautoria) ocupa una parte importante de la agenda política internacional de los Estados, que parecen haber asumido que el Cambio Climático constituye una amenaza real para la supervivencia del planeta (y, con ello, de la especie humana en sus futuras generaciones). Esta preocupación, acompañada de discursos que integran los principios emergentes citados, hace entrever que se puede estar produciendo una vuelta de tuerca en la regulación internacional de la protección del medio ambiente. Si antes este ordenamiento jurídico se ocupaba sobre todo de prevenir la contaminación transfronteriza (a través de las normas consuetudinarias de debida diligencia y evaluación de impacto ambiental en contexto transfronterizo), en la actualidad se observan ejemplos de cómo los Estados comienzan a vincularse por obligaciones internacionales que les imponen límites a la contaminación dentro de sus fronteras.

IX. Ambas dimensiones del derecho internacional del medio ambiente (la que trata la contaminación transfronteriza o de bienes comunes y la que rige la contaminación intrafronteriza) son relevantes para la protección de los derechos humanos frente a amenazas de las actividades industriales de grandes corporaciones. No obstante, la segunda es la que supone un paso mayor, pues ubica la razón para limitar la contaminación no en los derechos de los Estados (aquellos afectados por la contaminación transfronteriza) sino en la protección de la naturaleza en sí misma y por sus efectos sobre los derechos humanos.

X. El derecho internacional dispone de varios ejemplos que ilustran cómo esta tendencia comienza a abrirse paso. Algunos instrumentos internacionales parecen incluso reconocer un derecho humano a un medio ambiente sano (como la Carta Africana) pero sin llegar a este punto (objeto de otro intenso debate), se extiende el reconocimiento sobre los fuertes vínculos entre los derechos humanos y el medio ambiente, tanto en la doctrina, pronunciamientos de órganos de la ONU, en algunas decisiones de los Estados (el caso de India y Vedanta Resources), en tribunales internacionales (el TEDH) o instituciones de implementación de derechos humanos como la Comisión Africana.

Referencias

Parte I:

Fuentes bibliográficas:

ABI-SAAB, Georges. “Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Activities”, en BEDJAOUI, Mohammed (de.) *International Law, Achievements and Prospects*. París: UNESCO, 1991.

ÁLVAREZ, J.E. “Are Corporations "Subjects" of International Law?”, NYU School of Law, Public Law Research Paper N° 10-77.

ASANTE, Samuel K.B. “International Law and Investments”, En BEDJAOUI, Mohammed. *International Law, Achievements and Prospects*. París: UNESCO, 1991.

BRONWILIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 6ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1995.

CHARNEY, Jonathan I. “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, 1983, núm. 4.

CHENG, Bin: “Introduction to Subjects of International Law”, en BEDJAOUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*, París: UNESCO, 1991.

CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

_____ (ed). *Human Rights obligations and Non-State Actors. (Collected Courses of the Academy of European Law)* Nueva York: Oxford University Press, 2006.

CUTLER, Claire A. “Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy”. *Review of International Studies*, 27, 2001.

DE SCHUTTER, Olivier (ed.): *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford: Hart

Publishing, 2006.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17º ed. Madrid: Tecnos, 2009.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DOMINICÉ, Christian, “La personnalite juridique dans le systeme du droit des gens”, en MAKARCZYK, Jerzy (ed.) *Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya: Kluwer Law International. 1996.

DUMBERRY, Patrick. “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism: A Review of the Latest Case Law”. *Journal of World Investment*, 2001: vol. 2, núm. 1.

_____ “L'entreprise sujet de droit international?: Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements.” *Revue Générale de Droit International Public*. 2004, vol. 108, núm. 1.

DURUIGBO, Emeka. *Multinational Corporations and International Law. Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*. Ardsley, Nueva York: Transnational Publications, 2003.

ESCOBAR FORNOS, Iván. *Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas*, En: CARBONELL, M.; CARPIZO, J.; ZOVATTO, D. (coords) *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Insituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2009.

FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International law*, Londres: Stenvens & Sons, 1964.

GRANATO, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión*. Centro Argentino de Estudios Internacionales, Tesina en el Programa de Derecho Internacional. Programa de Derecho Internacional, Working Paper nº 3, 2005.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How we Use It*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 1994.

IJAYALE, David Adedayo, *The extension of Corporate Personality in International Law*. New York: Oceana Publications, INC, 1978.

JÄGERS, Nicola. "The legal status of the Multinational Corporations under international law", en ADDO, Michael K, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya: Kluwer, 1999.

JOHNS, Fleur E. "The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory". *Melbourne University Law Review*, vol. 19, 1994.

_____ (ed.) *International Legal Personality*, EEUU: Ashgate, 2010.

LAUTERPACHT, Elihu, "International Law and Private Foreign Investment", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997 vol 4.

LEBEN Charles. "Hans Kelsen and the advancement of International Law", *European Journal of International Law*, 1998: vol. 9, num 2.

MALANCZUK, Peter. "Multinational Enterprises and Treaty-Making. A contribution to the discussion on Non-State Actors and the "Subjects" of International Law", en GOWLLAND-DEBAAS, Vera (ed), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haya: Martinus Nijhoff Publications, 2000.

MANN, F. A. "The Law Governing State Contracts". *British Year Book of International Law*, 1944: vol. 21, nº 11.

_____ "The proper Law of Contracts concluded by International Persons". *British Yearbook of International Law*, 1959: vol. 35, num 34.

MARTÍN-ORTEGA, Olga. *Empresas multinacionales y derechos humanos*. Barcelona: Bosch Editor, 2008.

MC NAIR, Arnold: "The general principles of law recognised by civilised nations" 33. *British Yearbook of International Law*. 1.

MUCHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises and the law*. 4ª ed. EEUU: Blackwell Publishing, 2005.

NELSON, Timothy G. "History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration Will Survive the 'New Revolution'", En WAIBEL, M.; KAUSHA, A. et al. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Holanda: Kluwer Law International, 2010.

NOWROT, Karsten. "Reconceptualising international legal Personality of influential Non-State actors: Towards a reputable presumption of Normative Responsibilities". En JOHNS. Fleur (ed.) *International Legal Personality*, EEUU: Ashgate, 2010.

OKEKE, Chris N. *Controversial Subjects of Contemporary International Law*. Rotterdam: University Press, 1974.

PARRA, Antonio. "Applicable Law in Investor-State Arbitration", En ROVINE, Arthur (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers, 2008*. Leiden (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

PETERSON, Luke Eric; GRAY, Kevin R. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaty Arbitration*. Canadá: International Institute for Sustainable Development (IISD), 2005.

PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

RIGAUX, François "Transnational Corporations". En: BEDJAOUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*, París: UNESCO, 1991.

SCHLEMMER, Engela. "A new international law of Foreign Investment". *J. of South African Law*, 2005, núm. 531.

SORNARAJAH, M. *International Commercial Arbitration*. Singapur: Longman Singapore Publ., 1990.

_____. *The International Law of Foreign Investment*. 2ª ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004.

SNYDER, Earl: "Foreign Investment Protection: Is Institutional Arbitration an Answer?" *North Carolina Law Review*, 1961-1962. Vol 40.

VICENTE BLANCO, Dámaso J. "La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje", *Anales de estudios económicos y empresariales*, 1992: vol. 352-389.

WAEDELDE, Thomas W. "Investment arbitration under the Energy Charter Treaty. From dispute settlement to treaty implementation". Ponencia presentada en la *Conference of Energy-Arbitration*, Gulf Arbitration Centre, October 1998.

Fuentes normativas:

-Convención para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 junio, 1958.

-Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 marzo, 1965.

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). 16 diciembre, 1966.

-Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). 16 diciembre, 1966.

-Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, 23 mayo, 1969.

-CIADI, Model Clauses (Doc ICSID/5/Rev. 2 1992)

-Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 17 diciembre, 1992.

-Carta Europea de la Energía. Decisión 98/181/CE, CECA y EURATOM del Consejo y de la Comisión, 23 septiembre, 1997.

-Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1998.

-Convenio de la CIADI, reglamento y reglas. CIADI/15, abril, 2006.

Documentos internacionales:

-Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Res. 3281 (XXIX) de la AGNU, 12 diciembre, 1974.

-Declaración para un Nuevo Orden Económico Internacional. Res. AGNU 3201 (SVI), 1974.

-Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Res. AGNU 31/98, 15 diciembre, 1976.

Fuentes Jurisprudenciales:

– Arbitrajes internacionales:

AGIP v. Congo, Laudo de 30 noviembre 1979, 1 ICSID Reports 306.

Amco Asia Corp. v. Indonesia. Decisión del comité *ad hoc* 16 de mayo, 1986. 25 ILM 1943 (1986).

Aminoil v Kuwait, 24 de marzo, 1982, 21 ILM, 976

Antoine Goetz v Burundi, Laudo de 10 de febrero, 1999, 6 ICSID Reports 3

Arabian American Oil Company (Aramco) v. Saudi Arabia. (1963) 27 ILR 117.

Attorney-General v. Movil Oil NZ LTD, New Zealand, High Court 1 julio 1987, 4 ICSDI Rep. 117.

Birtish Petroleum Company v. Libya, laudo dee 10 octubre, ILR Vol. 53 (1973) 297.

CSOB v Slovakia. Decisión sobre jurisdicción de 24 de mayo de 1999. 5 ICSID Reports 335.

Duke Energy International v. Republic of Peru. Decisión sobre la jurisdicción, de 1 de febrero de 2006. ICSIC Case No. ARB/03/28.

Kaiser Bauxite v Jamaica, Decisión sobre Jurisdicción, 6 julio 1975, 1 ICSID Reports 296.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (decisión de anulación del comité *ad hoc*, de 3 de mayo de 1985). ICSID Rev.—FILJ 89.

Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic Of Liberia. Laudode 31 de marzo de 1986, ICSID Case no. ARB/83/2.

Libyan American Oil Company v. The government of the Libyan Arab Republic. Laudo 12 de abril de 1977. 20 ILM 1 (1981)

MINE v Guinea, Decisión de anulación, 22 diciembre de 1989, 4 ICSCID Reports 79.

Petroleum Development Ltd v. Sheikh of Abu Dhabi, ILR, vol 18 (1951) 144.

Qatar Aribtration, ILR Vol. 20 (1953)

Sandline Inter. v. Papua New Guinea, (Interim Award, 1998), 117 ILR 552.

Sapphire Petroleum, ILR Vol. 35 (1963) 136

Southern Pacific Properties Limited vs The Arab Republic of Egypt and the Egyptian General Company of Tourism and Hotels 22 ILM 752 (1983)

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of Libyan Arab Republic. Sentencia de 19 enero, ILR Vol. 53 (1977) 389.

Tradex Hellas S.A v. Republic of Albania, Decisión de Jurisdicción, 24 diciembre 1996, 5 ICSID Reports.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *A. c. Reino Unido*. 23 de septiembre de 1998, (100/1997/884/1096)
- Tribunal Internacional de Justicia:

Anglo-Iranian Oil Company v. Iran. 1952 ICJ Reports.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited... Sentencias del TIJ, del 24 de julio de 1964 y del 5 de febrero de 1970. En D.E.D.I, vol XXIII (nº 2-3)1970.

Chorzow Factory. Sentencia de 21 de noviembre de 1927. ICJ Series A Nº 12.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Advisory Opinion), 1928 PCIJ Series B No. 15.

Lotus, Francia c. Turquía. Sentencia de 7 de septiembre de 1927. En CPJI, *Série A*, nº 10.

Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion. ICJ Reports 1949.

Serbian Loans. 1929, PCIJ Rep. Series A., No. 20.

- EEUU: *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 US08-205 (2010).
- Inglaterra: *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration Case nº UN 3467. Sentencia 1 julio 2004

Parte II:

Fuentes bibliográficas:

ACEVEDO, Mariana T. “The intersection of human rights and environmental protection in the European Court of Human Rights”, *N.Y.U. Envtl. L.J.*, 1999. vol. 8, núm. 2., pp. 437-496.

ACTION AID, “Vedanta cares? Busting the myths about Vedanta’s operations in Lanjigarh, India”,

2007.

ADEYEYE, Adefolake, "The role of Global Governance in CRS". Santa Clara Journal of International Law Symposium. Santa Clara (California), 12-13 de marzo, 2010

AMNESTY INTERNATIONAL, "Don't mine us out of existence. Bauxite mine and refinery devastate lives in India", 2010, ASA/20/001/2010.

_____, *Generalisations, omissions, assumptions. The failings of Vedanta's Environmental Impact Assessments for its bauxite mine and alumina refinery in India's State of Orissa*. London, 2011, ASA 20/036/2011.

ANGLES HERÁNDEZ, Marisol. "Fallo de la Corte Internacional de Justicia, evidenciado en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2011, vol. XI.

ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás. *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujeto*. Madrid: IEPALA, 2005.

ATAPATTU, Sumudu A., *International Law and Development: Emerging Principles of International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BARBOZA, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

BARNIDGE JR., Robert P. "The due diligence principle under international law", *International Community Law Review*, 2006, vol 8, núm. 1, pp. 81-121.

BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, 1898.

BELL, Stuart; MCGILLIVRAY, D. *Environmental Law*. 4ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law and the Environment*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2002.

BONUCCI, Nicola. "OECD at fifty: Some observations on the evolving nature of an International Organization", *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2011, Vol. 43.

BORRÁS PENTINAT, Susana. *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*. Tesis presentada para aspirar al título de Dra. Por la Universidad Rovira i Virgili, 2007,

BOWLES, Ian (et al), "The Environmental impacts of International Finance Corporation lending and proposals for reform: a case study of conservation and oil development in the Guatemalan Petén", *Environmental Law*, 1999.

- BOYLE, Alan. "Human Rights or environmental rights? An assessment", *Fordham Environmental Law Review*. 2006, vol. 18, núm. 3.
- BROWN WEISS, E.. *Un mundo más justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeneracional*. Máximo E. Gowland (trad.) Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999.
- BULLARD, Robert (ed.) CHAVIS, Benjamin, (prolog). *Confronting Environmental Racism. Voices from the grassroots*, Cambridge: South End Press, 1999.
- _____ *The quest for environmental justice. Human rights and the politics of pollution*. San Francisco (EEUU): Sierra Club Books, 2005.
- CIPOLLATI, Verónica. "Ambiente y derechos humanos: el desarrollo del vínculo en la agenda internacional". Centro de Derechos Humanos y Ambiente, (CDHA), 2010. Doc. AI 005/2010.
- CONTINI, Paolo; SAND, Peter H. "Methods to expedite environment protection: international ecoestandards", *AJIL*, 1972
- COURTIS, Christian. "Litigating Environmental Disputes in the Inter-American Human Rights System", *Human Rights and International Legal Discourse*, 2008, núm. 2, pp.182-209.
- CRAIG, Donna, "Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas". *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*, 2007, núm. 2, pp. 31-47.
- CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2002.
- DE SCHUTTTER, Olivier. "The challenge of imposing Human Rights Norms on Corporate Actors", En de SCHUTTTER, O. (ed.) *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- DIMENTO, Joseph F. *The global environment and international law*. Austin: University of Texas, 2003.
- DIXON, Martin, MC CORQUODALE, Robert. *Cases and Materials on International Law*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- ELLIS, Jaye. "Overexploitation of a valuable resource? New literature on the precautionary principle". *EJIL*. 2006: vol. 17 núm. 2. pp. 445-462.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa Mª, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Madrid:

Civitas, 2009.

FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”. En AAVV *Temas de Responsabilidad civil*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan, *Issues of International Responsibility before International Judicial Institutions*, EEUU: Hart Publishing, 2004

GARCÍA URETA, Agustín. “El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez c. España”, *Actualidad jurídica ambiental*, 21 de noviembre de 2011.

GOLDIE, L.F.E. “Liability for damage and the progressive development of international law”, *ICLQ*, 1995, vol. 14.

GÓMEZ ISA, Félix, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995

GOMÍS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998.

GILLESPIE, Alexander., *Protected Areas and International Environmental Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

GUERRA PALMERO, M^a José. “Sostenibilidad global y justicia ecosocial: la tarea pendiente”. En: GUERRA, M^aJ y ORTEGA, C. (coords.) *Globalización y neoliberalismo: un futuro inevitable?* Oviedo: Nobel, 2002.

GURUSWAMY, Lakshman. *International Environmental Law in a nutshell*, 2^a ed. EEUU: West Publishing Co., 2003.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La contribución del derecho internacional del medio ambiente al derecho del Derecho Internacional Contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional*, 1998, núm 14.

HALLIDAY, Fred. “Gobernabilidad global: perspectivas y problemas”. *Revista Internacional de Filosofía Política*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 9, 1997.

HANQIN, Xue. *Transboundary damage in international law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003.

HANDL, Günter. “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”. *Am. J. Int’l L.* 1980.

_____ “Territorial Sovereignty and the problem of transnational pollution”, *Am. J. Int’l*

L. 1975, nº 69.

HALLUM, Victoria. "International Tribunal for the Law of the Sea: the MOX Nuclear Plant Case", *Review of European Community & International Environmental Law*, 2002, Vol. 11 num 3, pp. 372-375.

JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans Ulrich. "Sandoz Accident: The Sandoz Blaze: The damage and the public and private liabilities". En: FRANCIONI, F; SCOVAZZI, T. (eds.): *International Responsibility for Environmental Harm*. Londres: Graham and Trotam, 1993.

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia. *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*, La ley: Madrid, 2001.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*. 3ª ed. Ardsley (New York): Transnational Publishers, 2004.

KLEIN, Naomi, *No logo. El poder de las grandes marcas*. Barcelona: Paidós, 2001

KLEIN-CHESIVOIR, Carole. "Avoiding Environmental Injury: the case for widespread use of Environmental Impact Assessments in International Development Projects", *Virginia Journal of International Law*. 1999, núm 30.

KOSKENNIEMI, Martti, "The politics of international law", *Eur. J. Int'l L.*, 1990, núm. 1.

LÁZARO CALVO, Trinidad. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Barcelona: Atelier, 2005.

LEFEBER, René, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haya: Kluwer Law International, 1996.

LIM, Hoe, 'Trade and Human Rights: What's at Issue?', *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, núm. 2.

LOIBL, Gerhard: "Environmental Law and Non-Compliance Procedures". En: FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan, *Issues of International Responsibility before International Judicial Institutions*, EEUU: Hart Publishing, 2004.

MAC INTYRE, Owen; MOSEDALE, Thomas. "The precautionary principle as a norm of customary international law". *Journal of Environmental Law*, 1997, vol. 9 núm. 2.

MARCOS, A. "Precaución, ética y medio ambiente", en: GARCÍA GOMEZ-HERAS, J.Mª. y VELAYOS, C. (eds), *Responsabilidad política y medio ambiente*. Madrid: Biblioteca Nueva. 2007.

MANERO SALVADOR, Ana. "Cuestiones jurídicas sobre el derecho al desarrollo como derecho humano". *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, (Dykinson) 2006, núm. 15.

El principio de trato desigual en el sistema multilateral de

comercio. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2004.

“El asunto de las papeleras en el río Uruguay”. *Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de derecho ambiental*. 2009, núm. 18.

“Una oportunidad perdida: apreciaciones sobre el fallo del Tribunal Internacional de Justicia sobre el asunto de las papeleras en el Río Uruguay y la protección internacional del medio ambiente”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, vol. 62 núm. 1.

MARCEAU, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *EJIL*, 2002, vol, 13.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.; OLIVA MARTÍNEZ, D. (eds.) Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Madrid: Dykinson-UC3M, 2004.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.; ZAVALA SALGADO, J. “La protección internacional del medio ambiente” En: Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17º ed. Madrid: Tecnos, 2009.

MEAGHER, J. Patrick. “Environmental Protection and Industries in Developing Countries: The Case of India since Bhopal”. *Ge. Int’l Env. L. Rev.*, 1990.

MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Medio ambiente. Protección y Responsabilidad*. Madrid: Dilex, 2007.

MCLOUGHLIN, James.; BELLINGER, Edward.. *Environmental Pollution Control: an introduction to principles and practice of administration*. London: Graham & Trotman, 1993.

MORGERA, Elisa. “An environmental outlook to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative Advantage, Legitimacy and Outstanding questions in the lead up to the 2006 review”, *Geo. Int’l Env’tl. L. Rev.*, 2005-2006.

“Significant Trends in Corporate Environmental Accountability: The New Performance Standards of the International Finance Corporation”, *Colo. J. Int’l Env’tl. L. & Pol’y*, 2007.

Corporate Accountability in International Environmental Law. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2009.

PEDERSEN, Ole W. “Environmental European Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?”, *Geo. Int’l Env’tl. L. Rev.* 2008, vol 21.pp. 73-111.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, ‘Human Rights and the Law of the World Trade Organization’, *Journal of World Trade*, 2003, vol. 37, núm, 2.

PISSILLO-MAZZECHI, R: “Forms of International Responsibility for Environmental Harm”. En:

FRANCIONI, F; SCOVAZZI, T., *International Responsibility for Environmental Harm*. Londres: Graham and Trotam, 1993.

“The due diligence and the nature of the international responsibility of the states”, En: PROVOST, René. *State Responsibility in International Law*. EEUU: Ashgate, 2002.

PRINCE, William; NELSON, David: “Developing an Environmental Model: Piecing together the growing diversity of international environmental standards and agendas affecting mining companies”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1996

ROBINSON, N. “The 1991 Bellagio Conference on US-USSR Environmental Protection Institution: International Trends in Environmental Impact Assessment”, *B.C. Environmental Aff. L-Rev.* 1992, núm 19.

RUGGIE, John Gerhard, “Trade, sustainability and Global Governance”, *Colum. J. Envtl. L.*, 2002, núm 27.

SANDS, Philippe, “International Law in the field of sustainable development”. *Brit. Y.B. Int’l. L.*, 1994, núm 65.

“Human Rights, Environment and the Lopez-Ostra Case: Context and Consequences”, *Eur. Hum. Rts. L. Rev.*, 1996 núm 6.

Principles of International Environmental Law. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MINUAÍN, Laura. *La Organización Mundial del Comercio y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2000.

SCHLEMMER-SCHLUTE, S.; TUNG, K. (eds.) *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, 2001

SCOVAZZI, Tullio. “Some remarks on International responsibility in the field of environmental protection”. En: RAGAZZI, Mauricio. *International Responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

SHELTON, Dinah. “Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment”, *Stan. J. Int’l L.*, 1991-1992, vol. 28.

“Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights have Been Recognized?”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y.* 2006, vol. 35, núm 1, pp. 129-172.

STEIN, Robert E. “The OECD Guidelines Principles on Transfrontier Pollution”. *Ga J. Int’l. Comp. L.*, 1976.

- SUNSTEIN, Cass R. “Beyond the precautionary principle”, *University of Pennsylvania Law Review*. 2003, vol. 151, num. 3
- THÉRIEN, Jean-Philippe; PULIOT, Vincent. “The Global Compact: Shifting the Politics of International Development?”, *Global Governance*, 2006, núm 12.
- TICKNER, Joel A.; GEISER, Ken. “The precautionary principle stimulus for solutions – and alternatives- based environmental policy”. *Environmental Impact Assessment review*. 2004, vol. 24.
- TROMAS, Stephen. “Sustainable development”, *UK. Environmental Association e- Journal*, 2004, núm 18.
- TROUWBORST, Arie. *Evolution and status of the precautionary principle in International law*. La Haya: Kluwer International Law, 2002.
- VOIGT, Christina, “State Responsibility for Climate Change Damages”, *Nordic Journal of International Law*, 2008, vol. 77, núm 1-2.
- YOUNG, Steven Scott, *International Law of Environmental Protection*, Illinois (EEUU): Cahners, 1995.
- WOUTERS, Jan; CHANET, Leen. “Corporate Human Responsibility: a European Perspective”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2008, vol. 6, núm. 2 .
- ZAVALA, Jorge. *Tratados internacionales sobre desechos peligrosos: técnicas del Convenio de Basilea de 1989 para evitar los problemas de incompatibilidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- ZIEGLER, Jean. *Los nuevos amos del mundo y aquellos que se les resisten*. Gonzalo, Eduardo (traduc.) Madrid: Destino, 2003.

Fuentes nomativas:

- Convención de París sobre la regulación de la navegación aérea, 13 octubre, 1919.
- Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS). 22 julio, 1946.
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa, 4 noviembre, 1950.
- Acuerdo sobre el Uso y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur, 18 agosto, 1952.

- Convención Internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 12 mayo, 1954.
- Convenio de Pesquerías del Atlántico Noreste. 24 enero, 1959.
- Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico. 14 mayo, 1966.
- Declaración de Bangkok para la creación de la ASEAN. 8 agosto, 1967.
- Tratado del Espacio Exterior, 10 octubre, 1967.
- Convención Africana sobre la Naturaleza y los Recursos Naturales, 15 septiembre, 1968.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 mayo, 1969.
- Convención para la conservación de los recursos vivos del Atlántico Sudoriental. 23 octubre, 1969.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 noviembre, 1969.
- Convención Internacional relativa a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen o puedan causar contaminación por hidrocarburos. 29 noviembre, 1969.
- Convención Internacional sobre responsabilidad civil por los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 29 de noviembre, 1969.
- Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas. Adoptado en Ramsar, Irán, 2 febrero, 1971.
- Convención para el Establecimiento de un Fondo internacional para la compensación por los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 18 diciembre, 1971.
- Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, 15 febrero, 1972.
- Convención para la prevención de la contaminación por buques, (MARPOL) 2 noviembre 1973.
- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO, 16 noviembre, 1972.
- Convenio nórdico sobre protección del medio ambiente, 19 febrero 1974.

- Convenio sobre prevención de contaminación marina de origen terrestre, 4 junio, 1974.
- Convenio Apia sobre la Conservación de la Naturaleza en el Pacífico Sur, 12 junio, 1976.
- Convenio Regional de Kuwait para la Cooperación en la Protección del medio marino de la contaminación, 23 abril, 1978.
- Borrador de artículos sobre responsabilidad por hechos ilícitos, (A/33/10). En *Yearbook of International Law Commission*, 1978 Vol II (2).
- Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje, 23 julio, 1979.
- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. 27 de julio, 1981.
- Convenio de Lima para la protección del medio marino y las áreas costeras del Pacífico Sudeste, 12 noviembre, 1981.
- Convenio Regional para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Aden, 14 febrero, 1982.
- Carta Mundial de la Naturaleza, 28 octubre, 1982.
- Convenio sobre el derecho del mar, 10 diciembre, 1982.
- Acuerdo ASEAN sobre la Conservación de la naturaleza y los recursos naturales. 9 julio, 1985.
- La Convención para la protección de la Capa de Ozono. 22 marzo, 1985.
 - Protocolo de Montreal de sustancias que erosionan la capa de ozono, 16 septiembre, 1987.
- Convención de Noumea sobre la Protección de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente del Pacífico Sur, 24 noviembre, 1986.
- Convención de Basilea sobre el Control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. 22 marzo, 1989.
 - Framework Document on the Preparation of Technical Guidelines for Environmentally Sound Management of Wastes Subject to the Basel Convention, adoptada por la Decision II/13, Report. Of the 2nd COP, UNEP (CHW.2/30 (1994).

-Convención para la prohibición de la importación de residuos peligrosos en África y el control de sus movimientos transfronterizos dentro de África. 30 enero, 1991.

-Convenio sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo. 25 febrero, 1991.

- Protocolo de Kiev sobre la evaluación ambiental estratégica, 21 mayo, 2003

-Convenio de Helsinki sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales, 17 marzo, 1992.

-Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. 9 mayo, 1992.

- Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio

-Climático, 10 diciembre, 1997.

-Convención sobre la Diversidad Biológica. 5 junio 1992.

- Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, 29 de enero, 2000.

-Convención OSPAR para la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nordeste, 22 septiembre, 1992.

-Convención sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente (Consejo de Europa) 1 febrero, 1993.

-Convención internacional en lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África. 17 junio, 1994.

-Borrador de artículos sobre los usos de cursos de agua internacionales con fines distintos a la navegación. Doc. A/CN.4/L.493 and Add.1 and 2. En YbILC, 1994, vol. II, (2)

-Borrador de artículos sobre responsabilidad internacional por consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el derecho internacional. (1996), Doc. A/CN.4/L.533 and Add.1. En *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II (Part Two), doc, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (part 2) annex I.

-Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación. 21 mayo, 1997.

-Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, 24 junio, 1998.

-Protocolo de Kiev de registro de emisión y transferencia de contaminantes. 21 mayo, 2003.

-Enmienda sobre la Participación pública en las decisiones sobre la liberación intencionada al medio ambiente y la introducción en el mercado de organismos modificados genéticamente. Almaty, 27 mayo, 2005.

-Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, 23 mayo, 2001.

-Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Comisión de Derecho Internacional, doc. A/CN.4/L.601. En *YbILC*, 2001, vol. II (Part. Two). Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

-Borrador de las “Normas sobre la responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2003. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

-Borrador de artículos sobre la distribución de costes en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. UN Doc. A/CN.4/L. 686.

-Directiva 2010/75/EU sobre Emisiones Industriales (prevención y control integrada de la contaminación) 24 noviembre, 2010.

Documentos internacionales:

-Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) A/CONF.48/14/Rev.1 y Corr.1, Cap. 1. 16 junio, 1972.

-Resolución de la AGNU sobre “Cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente. A/RES/1995(XXVII). 15 diciembre, 1972.

-Informe de la CDI sobre su sesión 25º, de 1973. A/9010/Rev.1, En *Yearbook of International Law Commission*, 1973, Vol. II.

-OECD, *Guiding Principles Concerning Transfrontier Pollution*, Incluidos en la Recomendación para del Consejo de la OCDE, cumbre nº 372 del Consejo de la OCDE, 14 noviembre 1974.

- Resolución de la AGNU sobre “Acuerdos institucionales y financieros para la cooperación internacional medioambiental”, A/RES/2997(XXVII)15 diciembre. 1975.
- Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, adoptada en 1976 (C(76)99/FINAL)
- Informe de la 30ª Sesión de la CDI, del 8 de mayo al 28 de julio de 1978. Doc. A/33/10. En *Yearbook of International Law Commission*, 1978 Vol II (2), doc. A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part. 2)
- Informe del grupo de Trabajo para la responsabilidad internacional derivada de consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos por el derecho internacional, ante la 30ª Sesión de la CDI. A/CN.4/L.284 and Corr. 1. Anexo 1. En *Yearbook of International Law Commission*, 1978 Vol II (2) Anexo 1.
- OCDE, Recomendación del Consejo sobre la evaluación de proyectos con impactos significativos al medio ambiente. 8 mayo, 1979.
- “Estrategia Mundial para la Conservación de la naturaleza”, de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 1980.
- Grupo de Expertos en Derecho Ambiental del PNUMA sobre los aspectos legales concernientes al medio ambiente en relación a la minería y perforación en el mar dentro de los límites de la jurisdicción nacional” (1981) Doc. UNEP/GC.9/5/Add.5, annex III.
- Declaración ministerial de la primera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte, 1 noviembre, 1984.
- Objetivos y Principios sobre la Evaluación de Impacto Ambiental, PNUMA. (UNEP/WG.152/4 Annex (1987).
- Our Common Future*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Presentado a la AGNU como Anexo al documento Doc. A/42/427. 4 agosto, 1987.
- Declaración ministerial de la segunda Conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte, 25 noviembre, 1987.
- World Bank, Operational Policy 4.01: Environmental Assessment, enero 1991.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I), Annex I. 12 agosto, 1992.

- Agenda 21. Doc. A/CONF.151/26 Rev. 1 (vol. I). Anex II, 12 agosto, 1992.
- ZOHRA KSENTINI, F. *Human Rights and the environment*. Informe final presentado en la 45ª sesión de la Subcomisión para la Prevención de la discriminación y la protección de las minorías. 6 de julio de 1994. E/CN.4/Sub.2/1994/9.
- Informe de la 48ª Sesión de la CDI, del 6 de mayo al 26 de julio de 1996. Doc. A/51/10. En *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II (Part Two), doc, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (part 2).
- Informe de la 49ª Sesión de la CDI, del 12 de mayo al 18 de julio de 1997. Doc. A/52/10. En *Yearbook of the International Law Commission, 1997*, vol. II (Part Two), doc, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (part 2), Cap. VII.
- "Secretary General Proposes Global Compact on Human Rights, Labor, Environment, in address to World Economic Forum in Davos". Press Release SG/SM/6881, 1 febrero, 1999.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "General Comment 14 on the right to Health". Doc. E/C.12/2000/4. 11 agosto, 2000.
- Declaración del Milenio. A/RES/55/2. 8 septiembre, 2000.
- Resolución de la AGNU, "Hacia las alianzas mundiales" AG/55/215, 6 marzo, 2001.
- Comisión Europea, Comunicado al Consejo Europeo de Gotemburgo. "Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible" COM (2001) 264 final. 15 mayo, 2001.
- Informe de la CDI sobre su 53º periodo de sesiones, del 23 de abril al 1 de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001. Doc.A/56/10. En *YbILC*, 2001, vol. II (Part. Two). Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).
- WORLD BANK, *Making Sustainable Commitments: An Environmental Strategy for the World Bank*, Washington, 2001.
- International Law Association. (ILA) *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*. 70ª Conferencia de la ILA, en Nueva Delhi, 2-6 abril de 2002.
- Asamblea Parlamentaria del C.E., Comité de Medio Ambiente, Agricultura y Asuntos regionales y locales (Relat.: Cristina Agudo) "Environment and Human Rights", doc. 9791. 16 Abril, 2003.
- OCDE, *El medio ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Herramientas y enfoques empresariales*, 2005.

- Manual sobre derechos humanos y medio ambiente. En: Comité de Expertos para el Desarrollo de los Derechos Humanos, Doc. DH-DEV(2005), Apéndice III.
- World Bank, *Environmental, Health and Safety Guidelines*, abril, 2007.
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment” Doc. 12003, 11 septiembre, 2009.
- Asamblea General de la ONU, “Keeping the promise: united to achieve the Millennium Development Goals”, A/RES/61/L.1. 17 de septiembre de 2010.
- Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 17º periodo de sesiones, celebrado en Durban, del 28 de noviembre al 11 de diciembre de 2011. “Decisión 1/CP 17. Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada”, 15 marzo, 2011.
- RUGGIE, John. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de Naciones Unidas: “proteger, respetar y remediar” A/HRC/17/31, 2011. 21 marzo, 2011.
- CFI. Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social. Corporación Financiera Internacional. 2012.

Fuentes jurisprudenciales:

- Arbitrajes internacionales:

- Alabama Claims Arbitration 1872, en BASSETT MOORE, J. (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, 1898.
- Isla de Palmas* (Estados Unidos c. Países Bajos) 2 RIAA 829 (1928).
- Fundición Trail*, EEUU c. Canadá. Sentencia arbitral de 11 de marzo de 1941. En *Reports of International Arbitral Awards*, vol III, 1945.
- Lago Lanós*. (Francia c. España) Sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, en 24 ILR 101 (1957)
- Caso “Southern Bluefin Tunas” (Nueva Zelanda y Australia c. Japón). Laudo de 4 agosto, 2000. En *Reports of International Arbitral Awards*. Vol XXIII.

- Tribunal Internacional de Justicia:

- Canal Corfú*, Sentencia del TIJ de 9 de abril de 1949. *I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

Fábrica Chorzow. PICJ, Ser. A., No 8/9. 1927, 31.

Gabcikovo- Nagymaros, Hungría c. Eslovaquia. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. ICJ Rep. (1997) p. 7.

Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, (Opinión consultiva), 8 de julio de 1996. En ICJ. Reports. 1996. p. 226.

Papeleras de Uruguay, TIJ, Sentencia de 20 de abril de 2010.

Solicitud para un examen de la situación de acuerdo con el párrafo 63 de la Sentencia del Tribunal el 20 de diciembre de 1974 en el caso Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), decisión de 22 de septiembre de 1995.

Opinión Disidente el Juez Weeramantry, en Sentencia de 22 de septiembre, pp. 317-359.

Solicitud de Nueva Zelanda, 21 agosto, 1995.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Gómez Moreno c. España. Sentencia de 16 de noviembre de 2004. TEDH. H.R. 327, 343 (2005).

Guerra y otros c. Italia. 19 Febrero 1998, TEDH, Reports of Judgements and Decisions 1998-I.

López Ostra c. España, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, TEDH. 303 Eur. Ct. H.R. (set. A, part C) 38 (1995).

Martínez Martínez c. España. TEDH. Sentencia de 18 de octubre de 2011. Demanda nº 21532/08

Powell y Reyner c. Reino Unido, Sentencia de 21 de febrero de 1990. 172 Eur. Ct. H.R. (set. A) 1 (1990).

- Tribunal Internacional de Justicia de la Unión Europea:

Asunto C-215/06. Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. Sentencia de 3 de julio 2008, párraf. 113.

Pfizer c. Consejo de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002. Asunto T-13/99, Pfizer contra Consejo.

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: *Caso SERAC y otros contra Nigeria*. Decisión de la CADHP de octubre de 2001, en AHRLR 60 (ACHPR 2001)

- Tribunal Internacional del Derecho del Mar: Caso *MOX Plant* (Irlanda c. Reino Unido), Provisional Measures. TIDM. Caso Nº 10. Orden de 3 Diciembre 2001.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, CIADH, sentencia del 17 de junio de 2005.

Saramaka, CIDH, Objeción preliminar, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Series C, No 172.

Sarayaku, CIADH, Medidas provisionales, orden del 17 de junio de 2005.

- Australia: *Commonwealth c. Tasmania* (el caso de la Presa de Tasmania), en 158 CLR. 1 (1983).

- EEUU: *Flores v. S. Peru. Copper Corp.*, 253 F. Supp. 2nd 510 (S.D.N.Y. 2002)